



Las consultas plantean si la actividad desarrollada por la entidad consultante de puesta en marcha del proyecto inmobiliario de cooperativas de principio a fin y de comercialización de las viviendas de cada promoción, la atribuye la condición de Responsable del Fichero y del Tratamiento de los datos personales de los socios de la cooperativa a la que presta determinados servicios ajustándose su actuación a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), por una parte, y por otra, si puede comunicar el listado de socios de una cooperativa a los socios de la misma que se lo han solicitado, o debe, por el contrario, dar traslado al Consejo Rector de la cooperativa de los datos personales de aquellos socios que se lo hayan autorizado expresamente para que sea este órgano rector el que se lo facilite.

I

En relación con la actividad de gestión de servicios para la cooperativa, que comprende entre otros, la realización de los trámites necesarios para la adquisición de la condición de socio y la adjudicación definitiva de la vivienda a éste materializándolo en dos documentos, con objeto de llevar a buen fin el proyecto inmobiliario y la comercialización de cada promoción de viviendas, la consultante está realizando una prestación de servicios por cuenta de terceros, lo que implica desde el prisma de la protección de datos, el tratamiento de datos de carácter personal por cuenta de su cliente, exigiendo por tanto la formalización de un contrato de encargado del tratamiento, pues es un encargado del tratamiento atendiendo a la definición de 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999, “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”.

Dicha definición se reitera en términos generales en el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se desarrolla la citada Ley Orgánica definiendo en su apartado i) al encargado del tratamiento como “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. Podrán ser también encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.”

Por otro lado, 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 socio cooperativista) y el supuesto encargado, la consultante.

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 cooperativa, aquélla tendrá en todo caso la condición de responsable.

Ello sucederá si la empresa externa, que no interviene en la relación jurídica que se entabla entre el socio y la Cooperativa) 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.

Por ende, en los supuestos de hecho planteados en las consultas, podemos concluir que la actuación llevada a cabo por la consultante, depende de los criterios que previamente haya fijado su cliente, por lo que actúa en todo caso por cuenta de éste, siendo por tanto la consultante encargada del tratamiento, y la cooperativa responsable del Fichero o del Tratamiento. Todas las operaciones materiales que conlleva el tratamiento de los datos son realizadas por la consultante, pero es la Cooperativa la que decide sobre la admisión de socios y sus datos los pone a disposición de la consultante para la instrumentación formal de la relación jurídica socio-Cooperativa, esto es, realiza un tratamiento de los datos de los socios por cuenta de un tercero que se lo encarga, la Cooperativa.

Para determinar quién decide la creación, contenido y uso o tratamiento de datos de los cooperativistas, ha de partirse de la relación jurídica que se entabla entre dos partes, como ya se ha dicho, sin que se produzca ningún vínculo entre el afectado (socio) y el encargado (Empresa). Al respecto, la Ley 3/1987, de dos de Abril, General de Cooperativas, regula en su art, 31 la adquisición de la condición de socio, señalando en su número 2: “ La solicitud de admisión se formulará por escrito al Consejo Rector que deberá resolver en plazo no superior a sesenta días a contar desde el recibo de aquélla. El acuerdo del Consejo Rector desfavorable a la admisión será motivado”.

Es pues la Cooperativa la que decide sobre la creación, contenido y uso del Listado de Socios, teniendo por ello la naturaleza de responsable del Fichero o Tratamiento.

II

A su vez, el art. 36 de la citada LGC regula el derecho de información de los socios estableciendo en su nº 2: “ Todo socio tiene libre acceso a los Libros de Registro de socios de la Cooperativa, así como al Libro de Actas de la Asamblea General y si lo solicita, el Consejo Rector deberá proporcionarle copia certificada de los acuerdos en las Asambleas Generales.

Así mismo, el Consejo Rector deberá proporcionar al socio que lo solicite copia certificada de los acuerdos del Consejo que afecten al socio individual o particularmente”.

La conclusión de cuanto antecede es que “La empresa, debería reconducir las peticiones del listado de socios, al responsable del Fichero, que decidirá sobre su uso estando facultado el Consejo Rector, en virtud del art, 36.2 citado , a facilitar el mismo a cualquier socio que se lo pida, sin necesidad de pedir autorización expresa del resto de los socios. Con carácter general, la revelación a unos socios de los datos referentes a los demás socios, implicará la existencia de una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el art. 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”. Ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11 de la LOPD sobre la comunicación de los datos : 1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2.El consentimiento exigido en el número anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión esté autorizada por una Ley, o “Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros” (art. 11. 2 c).

Es preciso tener en cuenta que la incorporación de cualquier persona a la cooperativa, conlleva la necesaria aceptación de los preceptos contenidos en la Ley General de Cooperativas así como el conocimiento de la misma y de lo que concreten en el mismo sentido los Estatutos, lo que implicará el conocimiento por aquél del hecho de la cesión y permite amparar la misma en dichas normas.

El acceso al listado de socios por cualquiera de ellos habrá de limitarse a la identidad de los mismos constituida por los nombres y apellidos de los asociados, debiendo precisarse que aquel al que se le comunique la identidad de los asociados, deberá respetar los principios de proporcionalidad y finalidad previstos en el art. 4.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999 que señala “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Además, el art. 4.2 dispone que “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”. En el supuesto planteado no se concreta dicha finalidad, si bien habrá que entenderla limitada a un uso exclusivo en relación con los fines de la sociedad cooperativa y para poder ejercer por parte de los socios, los derechos que les reconocen la Ley General de Cooperativas y los Estatutos de la misma.

Esta regulación se completa con lo dispuesto por el art. 10.2 a) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, por el que se desarrolla la Ley Orgánica 15/1999.

III

En lo referente a la cesión de datos para fines comerciales y de gestión a empresas del grupo “(...)” y otras, del art. 12.2 de la LOPD se desprende que no procederá esa cesión, de forma que los datos habrán de ser entregados únicamente al responsable del Fichero, señalando su nº 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. El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de desarrollo de la LOPD, regula este régimen del encargado en los artículos 20 a 22. Habría que ver si los datos los puede ceder en nombre de la cooperativa. Como no hay ninguna aclaración, sería necesario el consentimiento de los socios.

IV

En cuanto a la inscripción del fichero con los datos de los socios de la Cooperativa en el Registro General de Protección de Datos, corresponde al responsable del mismo, que en este caso coincidiría con la cooperativa cliente de la consultante.

Es preciso señalar que para que la consultante tenga la condición de encargado de tratamiento, es imprescindible que entre ambas partes, esto es la consultante y la entidad cooperativa a la que presta servicios de gestión, se celebre un contrato que recoja lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. y en el Capítulo III del Título II del Reglamento que la desarrolla, caracterizado por las siguientes especialidades:

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 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 período 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) 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”.

Todo ello en aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal,
Es cuanto tiene el honor de informar a V.I.

Madrid, 18 de septiembre de 2008.