

Conceptos generales. Delimitación del responsable del fichero y del encargado del tratamiento. Informe 287/2006

La consulta plantea dudas en relación con la condición jurídica que, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, concurre en la entidad consultante, respecto a las relaciones que mantiene la misma con los distintos Ayuntamientos de los municipios donde realiza la gestión integral del agua.

I

Según se expone en la consulta, caben tres supuestos diferentes respecto a las relaciones existentes entre los municipios afectados y la entidad consultante, refiriéndose el primero de ellos a la adjudicación del servicio por parte del Ayuntamiento a favor de dicha entidad.

En nuestra opinión, siendo la titularidad y responsabilidad del servicio de la Corporación Municipal, la entidad consultante, que viene desarrollando las funciones descritas (en virtud del correspondiente Acuerdo, Instrumento y/o Contrato administrativo de gestión de servicios públicos), tendrá la condición de encargada del tratamiento, definida por el artículo 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, 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”, siendo responsable del tratamiento el propio Ayuntamiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999 es quien “tiene el poder de disposición sobre “la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

En resumen, la entidad consultante se encarga del servicio de gestión de aguas en calidad de encargada del tratamiento para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, en este caso, al Ayuntamiento.

En cuanto a la necesidad de informar a los usuarios de los servicios prestados de la condición jurídica de la consultante en relación con lo dispuesto por la Ley Orgánica de Protección de Datos, el apartado primero de artículo 12 de la Ley Orgánica 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”, es decir, con independencia de que el usuario sea informado del cambio de empresa y/o entidad que gestiona un determinado servicio municipal, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, no se estaría produciendo una comunicación de datos que requiera el consentimiento de los interesados.

Dicho lo anterior, es necesario hacer constar que la relación jurídica entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria del servicio deberá ajustarse a las obligaciones que la Ley Orgánica impone, resumidas de la siguiente forma:

- “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 Orgánica, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen.”

II

En segundo lugar, se plantea la posibilidad de que la gestión del servicio se realice por una empresa mixta (sociedad anónima o sociedad limitada), participada por capital del propio Ayuntamiento y de la entidad consultante.

En nuestra opinión, también para este supuesto debe traerse a colación idéntica argumentación jurídica que la expuesta en el **Punto anterior** de este Informe, concurriendo la condición de responsable del fichero en el propio

Ayuntamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, anteriormente transcrito.

En este sentido, la gestión por una sociedad municipal, con personalidad jurídica propia, creada por el Ayuntamiento y participada por el mismo, cuyo objeto social es la gestión del servicio integral del agua en nada obsta a la argumentación esgrimida en el apartado anterior, habida cuenta de que, también para este caso, la condición de “Responsable” y de “Encargado del Tratamiento” encajan plenamente en la persona del Ayuntamiento y de la Empresa mixta, respectivamente, de acuerdo con lo dispuesto por el precitado artículo 3 de la Ley Orgánica.

III

En relación con los ficheros que contengan datos de carácter personal, si bien la Ley Orgánica 15/1999 delimita en su articulado el régimen de los ficheros de titularidad pública y privada, no establece un concepto de los mismos. Por esta razón, la delimitación deberá fundarse en los criterios que determinan la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada del responsable del fichero.

Esta conclusión se alcanza atendiendo a las peculiaridades establecidas para el régimen de los ficheros de titularidad pública, toda vez que los mismos únicamente podrían ser constituidos en caso de que se desarrollen como consecuencia del ejercicio de una competencia administrativa, tal y como se desprende del artículo 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, que permite la cesión entre Administraciones Públicas cuando la misma se funde en el ejercicio de unas mismas competencias. En este mismo sentido, el artículo 20 de la Ley exige que los ficheros se encuentren sometidos a la tutela de una Administración con potestad para dictar la correspondiente Disposición de carácter general de creación del fichero.

Por tanto, considera esta Agencia Española de Protección de Datos que la delimitación del régimen aplicable a los ficheros de titularidad pública y privada deberá fundarse en la naturaleza de Administración Pública territorial de la responsable del tratamiento y, en los restantes supuestos, en el hecho de que el fichero haya sido creado con la finalidad de garantizar el ejercicio de potestades de derecho público.

En el supuesto planteado en la consulta, la entidad consultante tiene naturaleza mercantil, pudiendo concluirse que las entidades mercantiles de cuyas acciones sea titular una Administración Pública habrán de considerarse excluidas del concepto de Administración Pública a efectos de la aplicación de las normas de derecho administrativo, por lo que sus ficheros deberán considerarse, a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999 como de titularidad privada.

Ello no obstante, a los efectos que ahora interesan, en relación con la notificación e inscripción de los ficheros relativos a la “gestión integral del agua”, puede considerarse la existencia de una gestión de servicios municipales por parte de la consultante, siendo la titularidad del servicio competencia del Ayuntamiento.

En consecuencia, sería el Ayuntamiento quién ostentaría en este caso la condición de responsable del fichero definido en el artículo 3 d) de la Ley Orgánica

15/99, como la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”, siendo por tanto el obligado a solicitar su inscripción en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos.

IV

Finalmente, se plantea la posibilidad de que los Ayuntamientos de una determinada zona constituyan un Consorcio que, a su vez, encomiende la gestión del agua a una empresa mixta participada por el propio Consorcio, la entidad consultante y otra empresa del Grupo al que pertenece la consultante.

A nuestro juicio, en relación con este supuesto, con independencia del modelo de gestión y del tipo de persona jurídica (empresa mixta mercantil) que finalmente gestione el servicio, deberá considerarse idéntica fundamentación jurídica que la expuesta en los **Puntos anteriores** de este Informe.

En especial, conviene destacar que los diferentes Ayuntamientos continuarán ostentando la condición de responsables del tratamiento, y que la Empresa Mixta de Servicios deberá ser considerada “Encargada del tratamiento” en el sentido que ha quedado expuesto en los apartados anteriores.

V

En resumen, a los efectos previstos por la Ley Orgánica 15/1999, lo importante para delimitar los conceptos de responsable y encargado del tratamiento no resultan ser la causa que motiva el tratamiento de los mismos, sino la esfera de dirección, control u ordenación que el responsable pueda ejercer sobre el tratamiento de los datos de carácter personal que obran en su poder en virtud de aquella causa y que estaría enteramente vedado al encargado del tratamiento.

En ninguno de los supuestos a los que se refiere la consulta, la empresa mixta adjudicataria del servicio ostentará la condición de responsable del fichero, al no decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento por sí misma, con independencia de que dicho tratamiento se realice, precisamente, para dar cumplimiento a la gestión encomendada.

Dicho lo anterior, es necesario reiterar que, como ha quedado expuesto, en los supuestos planteados, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, no existirá cesión o comunicación de datos, al no considerar dicho precepto la existencia de “comunicación de datos” cuando el acceso de un tercero a los mismos resulta necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.