



N/REF: 170612/2018

La consulta plantea dos cuestiones, relacionadas ambas con la condición de la Secretaría General de Administración Digital como posible encargada del tratamiento en relación a los servicios que preste a los responsables de tratamiento, ente u órganos de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Real Decreto (RD) 769/2017, de 28 de julio y RD 806/2014, de 19 de septiembre.

La primera, si es extrapolable la conclusión del informe N/REF: 120294/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos, respecto a la condición de encargado de tratamiento de la Secretaría General de Administración Digital, en relación a los servicios que preste a los responsables de tratamiento en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los citados Reales Decretos.

A este respecto hay que dar una respuesta positiva. El art. 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) –RGPD- permite que la condición de encargado del tratamiento se rijan bien por un contrato bien por un “acto jurídico”. Si la noción de contrato no admite en principio dudas en cuanto a que se trata, en general, sin necesidad de profundizar más en este momento, de un convenio de voluntades, el concepto de acto jurídico aparece como indeterminado en el RGPD. Ahora bien, tal y como resulta del considerando 87 en relación con el 19, ambos del RGPD, cabe concluir que cuando menos dicho concepto incluye a las “normas jurídicas”, ya sean del Derecho de la Unión o de los propios Estados miembros. Dicho Considerando 19 RGPD dice:

La protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública y la libre



circulación de estos datos y su prevención, es objeto de un acto jurídico específico a nivel de la Unión. El presente Reglamento no debe, por lo tanto, aplicarse a las actividades de tratamiento destinadas a tales fines. No obstante, los datos personales tratados por las autoridades públicas en aplicación del presente Reglamento deben, si se destinan a tales fines, regirse por un acto jurídico de la Unión más específico, concretamente la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo.

En definitiva, el propio RGPD considera que una Directiva, esto es, una norma jurídica, se incluye dentro del concepto de “acto jurídico”. Por lo tanto una norma como una ley, un real decreto u otra norma reglamentaria tendría el carácter de “acto jurídico” a los efectos del RGPD, de forma que el carácter de encargado del tratamiento puede provenir de una norma jurídica, como es el caso en la consulta planteada.

A estas mismas conclusiones se llegaron en el Informe citado en la consulta (120294/2016) bajo el régimen de la vigente en dicho momento Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), en el que se citan otros informes, tales como el Informe de 19 de febrero de 2013 o el de 18 junio 2014. Este último más en concreto analiza que es la propia disposición normativa la que daba cumplimiento a los requisitos formales exigidos por el artículo 12 LOPD.

Estas circunstancias sirven para responder a la segunda cuestión, que es si, asimismo, los Reales Decretos y Leyes referenciadas en la consulta, que atribuyen a la Secretaría General consultante la condición de prestador de Servicios TIC respecto de otras administraciones, pueden considerarse el acto jurídico que da cumplimiento a los requisitos formales exigidos en el artículo 28.3, no siendo necesaria la adopción de un acto formal de encargo de tratamiento.

Así, en dicho Informe de 18 de junio de 2014 (recogido en el 120294/2016) se decía, en lo que interesa:

“La atribución de funciones y competencias a la DGTNT en virtud de un Decreto supone ya la existencia de un contrato de encargo de tratamiento, sin que por tanto sea necesario la celebración de contratos específicos para cada órgano u organismo en los términos del art. 12.2



LOPD. Y decimos esto porque en virtud de la atribución competencial que nos ocupa se cumplen ya todos los requisitos establecidos en dicho art. 12.2, teniendo en cuenta las normas generales del derecho administrativo.

En primer lugar, la prestación de servicios por la DGTNT a los responsables de ficheros consta por escrito, permitiendo acreditar su existencia y contenido. Es cierto que no se trata de un contrato, en el sentido de acuerdo de voluntades, pero esta prestación de servicios tiene incluso una extensión y prueba mayor aún al atribuirse mediante un Decreto, una norma jurídica emanada del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma y publicada en el Diario Oficial correspondiente. Y es que nos encontramos ante un reglamento de organización o administrativo, en terminología del Derecho alemán asumida por GARCÍA DE ENTERRÍA, en el que el Consejero dispone la organización interna de los servicios de su Consejería respectiva; un reglamento con forma del Decreto que en todo caso será publicado en el Diario Oficial correspondiente. Sólo así se tratará de una verdadera norma con efectos jurídicos erga omnes, lo que implica la presunción de conocimiento de la misma y su carácter vinculante.

Pues bien, una norma jurídica con carácter vinculante está dotada de una forma escrita y de una posibilidad de prueba muy superior a la concertación de un contrato entre dos partes.

Pero el art. 12.2 LOPD no sólo exige la constancia escrita, sino que también se refiere a un contenido. Como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, “lo que necesariamente exige una forma que refleje y deje constancia no sólo de su celebración sino de su contenido, que incluso se especifica en sus cláusulas imprescindibles en el propio precepto. Tal exigencia responde a la finalidad de la norma de garantizar que el acceso de terceros a los datos de carácter personal, objeto de tratamiento automatizado, se produzca únicamente en los casos y con las limitaciones legalmente establecidas, plasmándose las condiciones, finalidad y alcance de la cesión de forma que resulte controlable en su desarrollo y cumplimiento”.

Y es que la existencia de una norma jurídica no sólo implica la constancia por escrito y la posibilidad de prueba, sino que su carácter



vinculante y la atribución de competencias que supone implican el cumplimiento de los requisitos legales para la existencia de un encargo de tratamiento.

Como hemos visto, el Decreto orgánico y funcional de la Consejería en cuestión delimita las competencias y funciones de la DGTNT; es decir, especifica los servicios que serán prestados por esta Dirección General a otros órganos u organismos. Y es que la prestación de estos servicios supondrá en realidad el ejercicio de competencias que la DGTNT tiene atribuidas como propias, estando tales servicios y competencias perfectamente delimitados en la norma antes transcrita.

Para SANTAMARÍA PASTOR, simultáneamente a la determinación de la estructura de una organización es preciso distribuir las tareas encomendadas a ella mediante la asignación de competencias. Y define dicho autor la competencia como “la titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias, servicios o fines públicos determinados”. Son, por tanto, los intereses (fines y materias) y potestades encomendados a cada ente y, dentro de él, a cada órgano que lo compone. Las competencias, según unánime doctrina española, se distribuyen material, territorial y jerárquicamente. Y dentro de esta distribución jerárquica de competencias, los órganos actúan siempre sometidos al principio de jerarquía (art. 3 de la LOFAGE).

Enlazando así con el concepto de competencia del derecho administrativo, ello supone que la DGTNT tratará los datos siempre de conformidad con el poder directivo o jerárquico que ejerzan otros organismos; es decir, que se ajustará a las instrucciones del responsable del fichero o a las derivadas de la normativa aplicable. Además, con independencia de la relación jerárquica o funcional con otros órganos, o del hecho de tener o no personalidad jurídica, la DGTNT deberá ejercer sus competencias de conformidad con los límites impuestos en el ordenamiento jurídico (principio de legalidad, art. 103 de la Constitución) y con sometimiento al poder directivo correspondiente.

La competencia, según el artículo 12 de la Ley 30/1992, “se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”. Y si dicha competencia, atribuida en una norma, consiste

en prestar servicios a otros órganos u organismos, y la prestación de servicios conlleva el tratamiento de datos de carácter personal, la atribución competencial en la norma lleva implícita la condición de encargado del tratamiento, el sometimiento al poder jerárquico de los órganos superiores, cuyas instrucciones deberá cumplir, y el ejercicio de las competencias para los fines previstos – so pena de desviación de poder – sin que puedan destinarse por tanto los datos a otros fines distintos a los previstos para el ejercicio de la competencia. Tampoco la normativa permite la comunicación de datos a otras personas o entidades; ni la conservación de los datos más allá del cumplimiento de las prestaciones. Otra cosa sería que la norma de atribución competencial permitiera el uso de los datos para fines distintos de la mera prestación de servicios informáticos a otros órganos, en cuyo caso habríamos de replantearnos si sería aplicable la figura de encargado de tratamiento. Pero en la medida en que una norma jurídica, al atribuir competencias a órganos, especifique que las funciones de uno de ellos son prestar servicios de tratamiento de datos para otros, podemos estar ante un encargo de tratamiento sin necesidad de acudir a un documento contractual.

Ahora bien, si bien es cierto que puede interpretarse la norma en el sentido indicado, sería deseable que el reglamento orgánico que nos ocupa especificase que las competencias de la reiterada Dirección General se ejercerán de conformidad con las instrucciones que reciba del responsable del fichero - la Dirección General correspondiente – y sólo para las finalidades previstas, no pudiendo destinar los datos para fines distintos de los previstos como encargado del tratamiento y debiendo proceder a su destrucción o devolución en el momento en que la DGTNT deje de tener competencias al respecto o ya no exista causa para el mantenimiento del encargo.

En cuanto a las medidas de seguridad, que con carácter general deben ser estipuladas en el contrato de encargo de tratamiento, hemos de tener en cuenta que en el ámbito que nos ocupa será de aplicación el Esquema Nacional de Seguridad aprobado por Real Decreto 3/2010 de 8 de enero, que resulta de aplicación a todas las Administraciones Públicas en los términos del art. 2 de la Ley 11/2007 de 22 de junio de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, y cuyo Anexo II determina las medidas de seguridad a implantar por las

mismas. Por tanto, en el ámbito que nos ocupa en que un órgano de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad ejerce sus competencias atribuidas por la normativa, entendemos que las medidas de seguridad están suficientemente determinadas en tal esquema, sin que sea necesaria una constancia escrita en un contrato que se limitaría a la reproducción de estos términos normativos.

Por tanto, en la medida en que la DGTNT ejercite competencias atribuidas en la normativa de organización que impliquen la prestación de servicios de tratamiento de datos personales para otros órganos u organismos, y que la norma atribuya estas competencias de tal forma que los datos sólo puedan tratarse para los fines para los que inicialmente fueron recabados – no pudiendo ser destinados por la DGTNT a fines propios – ni puedan ser comunicados a terceros, y deba ejercer sus competencias ajustándose a las directrices e instrucciones de órganos directivos, entendemos que podrá existir un encargo de tratamiento sin necesidad de la celebración de un contrato.

Como vemos, a esta conclusión se ha llegado con independencia de que el encargado del tratamiento tenga o no dependencia orgánica de aquellos a los que presta servicios, o que tenga o no personalidad jurídica; pero únicamente respecto de los servicios que puede prestar por cuenta de las direcciones generales de la misma o de otras consejerías.”

Ello supone, en definitiva, que el principio de competencia y de sometimiento pleno a la ley y al derecho determina que la Secretaría General consultante sólo puede ejercitar las competencias establecidas en la norma que se las atribuye, no cualesquiera otras, y si las que ejercitase no están previstas en las normas que le confieren sus competencias el acto será inválido (nulo o anulable, según los casos), por lo que si la norma de atribución de competencias establece, en relación con el tratamiento de los datos personales cuyos responsables del tratamiento son los distintos órganos administrativos a quienes presta “servicios” como encargado del tratamiento, que únicamente los tratará el encargado para los fines de dar servicio a los responsables, dicho encargo del tratamiento deberá cumplir los requisitos establecidos en la norma jurídica reguladora del encargo del tratamiento, y ello hará referencia tanto al RGPD como las propias normas nacionales que le atribuyen su competencia como encargado del tratamiento.

Las normas que establecen por tanto la competencia determinan, tal y como requiere el art. 28 RGPD (i) el objeto del tratamiento por el responsable, y no podrá el encargado realizar un tratamiento diferente por no permitirlo la norma y la competencia que la norma le ha atribuido; (ii) la duración del tratamiento será la que establezca la norma –esto es, mientras está vigente la competencia del responsable- y si no dice nada, la vigencia de la norma determina la vigencia de la necesidad del tratamiento de los datos; (iii) lo mismo para las categorías de interesados, que son a quienes afecta dicha norma, mientras esté vigente; (iv) y las obligaciones y derechos del responsable serán igualmente las competencias y facultades –potestades- que dicha norma le confiere.

Así, respecto de tratar los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, el principio de competencia establece que en ningún caso, como encargado del tratamiento, podrá la consultante tratar datos personales para fines distintos de aquellos que la norma reguladora de la competencia del responsable atribuye a este. La propia norma reguladora de la competencia del responsable del tratamiento determina los fines del mismo, y constituye las instrucciones, públicas y publicadas por la propia norma, que ha de seguir el encargado del tratamiento. Por supuesto, el responsable del tratamiento podrá dar también instrucciones específicas según sea el caso respecto de casos concretos, pero la norma no requiere que las instrucciones sean siempre específicas respecto de casos concretos, sino que son válidas las instrucciones para una generalidad de casos, documentadas en la norma que atribuye la competencia al responsable del tratamiento, y que constituyen las instrucciones que el encargado ha de seguir respecto del tratamiento de los datos personales.

Respecto de la confidencialidad, el art. 13 letra h) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece como un derecho de las personas en sus relaciones con las administraciones públicas, lo que constituye recíprocamente un deber/obligación de estas para con el ciudadano, la de la protección de sus datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y *confidencialidad* de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. Igualmente el art. 52 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece que los empleados públicos

deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

El art. 32 del RGPD se refiere a las medidas de seguridad, y al respecto la consultante está obligada por ley a aplicar las medidas de seguridad previstas en el Esquema nacional de Seguridad (véase art. 17.3 ley 39/2015):

3. Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad, de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Seguridad, que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos.

O el art. 156.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

2. El Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley, y está constituido por los principios básicos y requisitos mínimos que garanticen adecuadamente la seguridad de la información tratada.

Del mismo modo, el principio de competencia impediría que el consultante, como encargado del tratamiento, recurra a otro encargado del tratamiento si la norma no se lo permite expresamente, o a que dé a los datos personales tratados un tratamiento diferente al previsto por la norma.

En cuanto a la asistencia al responsable para cumplir sus obligaciones con el RGPD o ayudarle para el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 32 a 36, o para poner a disposición del responsable la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en art. 28 RGPD, cabe considerarlas incluidas en las competencias establecidas en los Reales



Decretos de competencias citados en la consulta. Así, por ejemplo, en la gestión de dichos servicios como encargado del tratamiento de la Secretaría General se incluye en la letra g) del art. 14.2 del RD 769/2017, de 28 de julio, el que corresponde a esta:

La realización de propuestas e interlocución directa con los Organismos especializados en materias de seguridad y protección de datos, tanto a nivel nacional como internacional, y aquellas otras con impacto en el ámbito de competencias del departamento en materia de administración digital. En particular le corresponde la realización de propuestas e interlocución con el Centro Criptológico Nacional en el desarrollo de guías de seguridad, la adquisición coordinada de material de cifra, la formación de personal especialista en seguridad de los sistemas y el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica; de forma especial, asumirá la coordinación en la respuesta a incidentes.

En definitiva, cabe considerar con carácter general que el elenco de competencias establecidas a favor de la consultante en las normas da cumplimiento a los requisitos formales exigidos en el artículo 28.3 RGPD.

Ahora bien, tal y como ya decía el Informe de esta Agencia de 18 de junio de 2014, que ha sido citado anteriormente,

Ahora bien, si bien es cierto que puede interpretarse la norma en el sentido indicado, sería deseable que el reglamento orgánico que nos ocupa especificase que las competencias de la reiterada Dirección General se ejercerán de conformidad con las instrucciones que reciba del responsable del fichero - la Dirección General correspondiente – y sólo para las finalidades previstas, no pudiendo destinar los datos para fines distintos de los previstos como encargado del tratamiento y debiendo proceder a su destrucción o devolución en el momento en que la DGTNT deje de tener competencias al respecto o ya no exista causa para el mantenimiento del encargo.

Pues bien, del mismo modo, y sin perjuicio de la conclusión a la que se ha llegado en el presente informe, nada impide que por la Secretaría General consultante se promoviese una modificación de la normativa atributiva de sus



competencias para que de manera específica la norma que le atribuye la condición de encargado del tratamiento respondiese de manera más precisa a las cuestiones que se plantean en artículo 28.3 del RGPD, o bien para que, tal y como se permite en el apartado b) del art. 14.2 del RD 769/2017, dicha concreción llegase mediante una *“Resolución del titular de la Secretaría General de Administración Digital”*, ya que la propia normativa permite que sea la Secretaría General consultante la que en la prestación directa o en gestión compartida de los servicios comunes en materia de sistemas de información y comunicación a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos establezca a los términos de dicha gestión. Nada impediría que mediante un nuevo instrumento escrito, una Resolución del titular del órgano consultante, se abordasen las circunstancias previstas en el ya tan reiterado artículo 28.3 RGPD respecto de la relación jurídica que une al encargado del tratamiento con el responsable. Dado que la noción de “acto jurídico”, tal y como parece establecerse en el RGPD, incluye el de norma jurídica, por lo tanto unilateral (esto es, no un contrato), nada impediría que dicha concreción respecto de las características generales de las competencias del encargado de tratamiento establecida en los reales decretos citados, viniera por dicha vía.

