

N/REF: 0079/2022

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente a la propuesta de reforma por la que se modificaría el Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en relación con el artículo 57.1, letra c), 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), y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, cúmpleme informarle lo siguiente:

La propuesta remitida tiene por finalidad incluir nuevas funciones de la Dirección General de Transformación digital de la Administración de Justicia, especificando los organismos públicos a los que puede prestar determinados servicios, mediante la modificación de la redacción de las letras d) y m) del artículo 6.1. del citado Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, en los siguientes términos:

d) La definición funcional de nuevos servicios digitales, o de la evolución de los ya existentes, coordinando y recogiendo las distintas demandas y necesidades expresadas por los usuarios finales o por los responsables de estos servicios, su diseño, desarrollo y mantenimiento en el ámbito de competencias de la Administración de Justicia, así como su puesta a disposición a juzgados, tribunales, fiscalías, oficinas judicial y fiscal, órganos técnicos auxiliares de la Administración de Justicia, unidades administrativas, órganos y organismos del departamento, así como de otras Administraciones, entidades e instituciones públicas

m) El diseño, desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y servicios digitales creados o implantados en el ámbito de competencias de la Administración General del Ministerio de Justicia, así como su puesta a disposición a juzgados, tribunales, fiscalías, oficinas judicial y fiscal, órganos técnicos auxiliares de la Administración de Justicia, unidades administrativas, órganos y organismos del departamento, así como de otras Administraciones, entidades e instituciones públicas, en coordinación con las directrices de la Subsecretaría del Departamento,

sin perjuicio de las competencias de otras unidades y de la coordinación con estas.

Asimismo, le atribuye una nueva competencia respecto del mantenimiento de un directorio general de aplicaciones mediante la adición de una nueva letra p:

p) El mantenimiento de un directorio general de aplicaciones judiciales para su reutilización, así como el impulso del mantenimiento del mismo en colaboración con el resto de Administraciones competentes en materia de Justicia.

Atendiendo a las competencias atribuidas, y con el objeto de precisar la condición que asume la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia en relación con los tratamientos de datos personales que puedan realizarse en las aplicaciones y servicios digitales diseñados, desarrollados o mantenidos por la misma, se añade una nueva disposición adicional, con la siguiente redacción:

#### **Disposición Adicional Séptima. Protección y Tratamiento de Datos Personales.**

En el tratamiento de datos de carácter personal en las aplicaciones y servicios digitales diseñados, desarrollados o en mantenimiento por parte de la Dirección General de Transformación Digital y que hayan sido creados o implantados en el ámbito de competencias del Ministerio de Justicia, y puestos a disposición de Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Oficinas judicial y fiscal, órganos técnicos auxiliares de la Administración de Justicia, unidades administrativas, órganos y organismos del departamento, así como de otras Administraciones, entidades e instituciones públicas en virtud de procedimientos de adhesión u otros instrumentos de la misma naturaleza previstos en la legislación vigente, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, tendrá la consideración de “Encargado del Tratamiento”, correspondiendo a aquéllos la consideración de “Responsable del Tratamiento”, en aplicación 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, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección,

investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Tal y como se señala en la propuesta, “*La modificación sugerida contribuye a dotar de mayor seguridad jurídica a la organización y funcionamiento del Ministerio al adecuar aquella a la estructura actualmente existente procediendo a aclarar los términos relativos al encargado del tratamiento y permitiendo la puesta a disposición por el Ministerio de Justicia de aplicaciones y servicios digitales en la que tengan cabida los instrumentos jurídicos actuales, como los Convenios Marco de Transferencia Tecnológica, pero también otros que puedan establecerse a futuro, como por ejemplo a través de la adhesión electrónica que prevé expresamente el Proyecto de Ley de Eficiencia Digital*”.

## I

Antes de hacer expresa referencia al supuesto concreto planteado en la consulta, debe indicarse que esta Agencia se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la naturaleza de responsables o encargados del tratamiento de los órganos de las Administraciones Públicas a los que se atribuyen reglamentariamente competencias en relación con el desarrollo, implantación y gestión de las herramientas de las tecnologías de la información y las comunicaciones de otros órganos de la correspondiente Administración, siendo irrelevante a tal efecto la existencia o inexistencia de una relación de dependencia orgánica entre el gestor de las aplicaciones o sistemas y el órgano que ostenta la competencia material que justifica el tratamiento de los datos. Del mismo modo, la Agencia ha analizado en determinados supuestos si la atribución de esas funciones de gestión, implantación y ejecución ha de entenderse suficiente para entender cumplidos los requisitos formales exigibles para que pueda apreciarse la existencia de un encargo del tratamiento.

En este sentido, y en lo que respecta a la condición de responsable o encargada del tratamiento, cabe hacer referencia al informe de 19 de febrero de 2013, referido a la posición jurídica de una determinada Dirección General de una Comunidad Autónoma en relación con los servicios informáticos que presta para otros órganos de la misma y de distintas Consejerías de dicha Comunidad. El apartado 1 de dicho informe analizaba la condición de la citada Dirección General, señalando lo siguiente:

*“Partimos de que nos encontramos ante datos de carácter personal, definidos en el art. 3.a) LOPD como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Los órganos y organismos de las diferentes Consejerías para las que la DGII presta*



servicios son las que realizarán, en el ejercicio de sus competencias respectivas, un tratamiento de tales datos, definido en el artículo 3.c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal como “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. En este mismo sentido, el artículo 5.1.t) del Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD (en adelante, RDLOPD) que define el tratamiento como “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

Al ser estos órganos u organismos los que deciden sobre la finalidad, uso o tratamiento de los datos, se convierten así en **responsables del tratamiento**, definidos en el artículo 3.d) LOPD, como la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. En el mismo sentido, el artículo 5.1.q) RDLOPD señala que será responsable del fichero o del tratamiento la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente”. Y como tal responsable del tratamiento deberá tener creados sus ficheros en la forma prevista en la LOPD, y debidamente inscritos en el Registro de esta Agencia. De hecho, de conformidad con el artículo 20 LOPD, la creación de ficheros de titularidad pública, que se realiza mediante disposición general publicada en el boletín oficial que corresponda, ha de identificar el responsable del fichero; y presuponemos que se viene realizando por parte de las diferentes Consejerías de la Generalitat Valenciana.

En definitiva, considerando la definición de responsable de fichero, tendrán tal consideración los órganos u organismos de las diferentes Consejerías que en cada caso corresponda. Y, en su caso, la Dirección General de Tecnologías de la Información podrá también ser responsable de sus propios ficheros (por ejemplo, de su personal), cuando proceda.

Otra cosa es que esta Dirección General preste servicios informáticos a tales órganos u organismos de su propia u otras Consejerías, en cuyo caso será considerada como **encargada del tratamiento**, siempre que no pueda decidir sobre la finalidad, uso o tratamiento de los datos. Esta



*figura aparece definida en el artículo 3.g) LOPD 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”. Por su parte, el artículo 5.1.i) RDLOPD indica en el mismo sentido como encargado del tratamiento: “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”.*

*En nuestra opinión, la Dirección General, siempre que trate datos personales por cuenta del responsable del fichero o tratamiento en virtud de una relación jurídica que les vincula – incluida, como posteriormente veremos, una atribución de competencias o funciones concretas –, y siempre que se cumplan determinados requisitos legales, será considerada como encargada del tratamiento. Ello no obedece, por tanto, a su dependencia orgánica o funcional, o a su forma de encuadramiento concreto en la Consejería u organismo correspondiente. En este sentido, como posteriormente veremos, la dependencia funcional o la falta de ésta no determina, a nuestro juicio, la condición de encargado del tratamiento, puesto que lo esencial es el contenido material de la relación jurídica y la forma en la que se instrumente (en principio, mediante contrato), y no la existencia de dependencia orgánica o funcional entre órganos u organismos.*

*Y es que como decíamos en el informe de 20 de julio de 2006, “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”.*

*La figura del encargado del tratamiento es esencial en la legislación de protección de datos, de modo que el encargado, junto con el responsable del tratamiento, debe adoptar medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos (art. 9 LOPD) y será en consecuencia responsable a efectos sancionadores (art. 43 LOPD). Por su parte, el artículo 26 RDLOPD se refiere al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante un encargado del tratamiento –que deberá dar traslado al responsable – y de conformidad con el artículo 79 RDLOPD deberá implantar, junto con el responsable del tratamiento, las medidas de seguridad correspondientes. Es por ello que el título VIII del Reglamento dedica su artículo 82 al encargado del*

*tratamiento en relación con estas medidas de seguridad, y lo contempla expresamente en el artículo 88 al regular el documento de seguridad.*

Como es sabido, la LOPD, al regular la figura del encargado del tratamiento no exige, para la cesión de datos a su favor, el consentimiento del afectado; de manera que en aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encomienda a un tercero la prestación de un servicio que requiera el acceso a datos de carácter personal por éste, dicho acceso no pueda considerarse como una cesión de datos. Es por ello que el artículo 12 LOPD establece: “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”.

*En este sentido, tal y como señala el informe de esta Agencia de 27 de julio de 2006 “Para delimitar si en un supuesto concreto nos encontramos ante una cesión de datos o ante una realización de actividades reguladas por el artículo 12 de la Ley Orgánica, será preciso atender a las circunstancias de cada caso, de tal forma que existirá cesión en aquellos supuestos en los que quien reciba los datos pueda aplicar los mismos a sus propias finalidades, decidiendo sobre el objeto y finalidad del tratamiento, lo que la convertirá a su vez en un responsable del fichero o tratamiento, mientras que la figura regulada por el artículo 12 de la Ley Orgánica tendrá cabida en aquellos otros casos en que la entidad receptora de los datos se limite a efectuar determinadas operaciones sobre los mismos, sin decidir sobre su finalidad”.*

Por su parte, el informe de 18 de junio de 2014 analiza la exigencia de un instrumento escrito para la atribución de la condición de encargado del tratamiento a un órgano similar al mencionado en el anterior informe al que la propia normativa autonómica atribuía las competencias de las que se derivaba esa condición, entendiendo que era la propia disposición autonómica la que daba cumplimiento a los requisitos formales exigidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa reglamentaria de desarrollo. El informe se pronunciaba sobre esta cuestión en los siguientes términos:

*“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 especifique 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.”*

Estos criterios fueron reiterados en el informe 148/2016, de 13 de abril de 2016, en el que se analizaba si la Dirección de Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones actúa como encargado del tratamiento de la consultante en lo que respecta al impulso e implantación del registro Central de Personal y, en caso de ser así, si sería necesaria la formalización entre ambos órganos de un encargo del tratamiento o este puede considerarse derivado de lo establecido en el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En dicho informe, después de nañizar las competencias atribuidas a la Dirección General por el citado real decreto, se concluía lo siguiente:

*De las normas transcritas se desprende claramente que en relación con el Registro Central de Personal la consultante ostenta la condición de responsable del fichero, al corresponderle en virtud de la atribución establecida por el Real Decreto 256/2012 la gestión del citado Registro. Del mismo modo, de lo dispuesto en el artículo 13 bis.2 o) se desprende inequívocamente la condición de encargado del tratamiento de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, haciendo el precepto expresa referencia al registro Central de Personal.*

*Ello implica que las conclusiones alcanzadas en los dos informes que se han reproducido con anterioridad sean perfectamente extrapolables al supuesto ahora planteado, quedando clara la delimitación de la condición de encargada del tratamiento de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la existencia de una norma que, al atribuir a aquélla las funciones relacionadas con el impulso implantación de los sistemas del Registro da cumplimiento a los requisitos formales exigidos por el artículo 12, no siendo precisa la adopción de un acto formal de encargo del tratamiento*

Esta cuestión fue objeto de nuevo análisis en el informe 84/2018, de 25 de mayo de 218, referido en este caso a la Secretaría General de Administración Digital, emitido conforme a las disposiciones del RGPD pero con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la LOPDGDD.

Esta consulta planteaba 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 era extrapolable la conclusión del informe 148/2016 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, señalando lo siguiente:

*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 rija 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.

En segundo lugar, se planteaba 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.

A este respecto, después de citar el informe de 18 de junio de 2014 anteriormente transcritó, se añadía lo siguiente:

*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 ejercitarse las competencias establecidas en la norma que se les 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 esté 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 RGPG, 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.*

Con posterioridad a la emisión de los citados informes, se aprobó la LOPDGDD, cuyo artículo 33 establece previsiones específicas respecto de los encargados del tratamiento:

*Artículo 33. Encargado del tratamiento.*

*1. El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos siempre que se cumpla lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica y en sus normas de desarrollo.*

*2. Tendrá la consideración de responsable del tratamiento y no la de encargado quien en su propio nombre y sin que conste que actúa por cuenta de otro, establezca relaciones con los afectados aun cuando exista un contrato o acto jurídico con el contenido fijado en el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679. Esta previsión no será aplicable a los encargos de tratamiento efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público. (el subrayado es nuestro)*

*Tendrá asimismo la consideración de responsable del tratamiento quien figurando como encargado utilízase los datos para sus propias finalidades.*

*3. El responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado.*

*No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación, en cuyo caso deberán ser devueltos al responsable, que garantizará su conservación mientras tal obligación persista.*

*4. El encargado del tratamiento podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.*

*5. En el ámbito del sector público podrán atribuirse las competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local o a los Organismos vinculados o dependientes de las mismas mediante la adopción de una norma reguladora de dichas competencias.*



*que deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679. (el subrayado es nuestro)*

Como puede observarse, dicho texto normativo contempla expresamente la cuestión objeto de consulta en su apartado 5, estableciendo expresamente que la norma reguladora de las competencias deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del RGPD.

Esta normativa se tuvo en consideración en el Informe 26/2020, de 1 de diciembre de 2020, en el que se estudiaba la posición jurídica que, de acuerdo con la normativa de protección de datos, ocupa el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid en la prestación de los servicios que estatutariamente tiene atribuidos, y en el que se concluía lo siguiente:

*En conclusión, como queda expuesto, el apartado 5 del artículo 33 de la LOPDGDD, refrenda la posibilidad de que en el ámbito del sector público puedan atribuirse las competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local o a los Organismos vinculados o dependientes de las mismas mediante la adopción de una norma reguladora de dichas competencias, que deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679.*

*De tal suerte, a través de la modificación de los Estatutos Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid -IAM-, con la clara determinación de su posición jurídica -como encargado de los tratamientos de datos a los que se refiere la consulta- podrá evitarse la autorización previa y por escrito de todos y cada uno de los responsables de los tratamientos (centros directivos del propio ayuntamiento).*

*Por su parte, la eventual subcontratación de servicios por parte del IAM en favor de otros órganos públicos y/o privados, deberá someterse a las reglas y condiciones a las que se ha hecho mención en el presente informe, con plena observancia de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 28 del RGPD, ostentando los subcontratistas la condición de subencargados del tratamiento*

## II

Los criterios indicados en los informes citados en el apartado anterior son plenamente aplicables a la presente consulta, atendiendo a las

competencias que el ordenamiento jurídico atribuye a la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, quien ostentaría respecto de los tratamientos de datos personales en las aplicaciones y servicios digitales diseñados, desarrollados o en mantenimiento por parte de la misma la condición de encargada del tratamiento, tal y como acertadamente se recoge en la propuesta remitida.

Tal y como ha venido señalando reiteradamente esta Agencia en relación con la atribución de la condición de responsable o encargado del tratamiento, son diferentes los supuestos que pueden darse, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la relación jurídica que se haya establecido entre los sujetos intervenientes y sus concretas obligaciones, así como las obligaciones que puedan venir impuestas por el ordenamiento jurídico para la correcta prestación del servicio, lo que será determinante al objeto de valorar si se actúa en condición de responsable del tratamiento o de encargado del tratamiento.

Para ello, es necesario partir de las definiciones que establece el RGPD en su artículo 4:

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

8) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;

Como ya señalaba el Grupo del artículo 29, en su Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», el concepto de responsable era un concepto funcional dirigido a la asignación de responsabilidades, indicando que “El concepto de «responsable del tratamiento» y su interacción con el concepto de «encargado del tratamiento» desempeñan un papel fundamental en la aplicación de la Directiva 95/46/CE, puesto que determinan quién debe ser responsable del cumplimiento de las normas de protección de datos y la manera en que los interesados pueden ejercer sus derechos en la práctica. El concepto de responsable del tratamiento de datos también es esencial a la hora de determinar la legislación nacional aplicable y para el ejercicio eficaz de las tareas de supervisión conferidas a las autoridades de protección de datos”.

Asimismo, el citado Dictamen destacaba “las dificultades para poner en práctica las definiciones de la Directiva en un entorno complejo en el que caben muchas situaciones hipotéticas que impliquen la actuación de responsables y encargados del tratamiento, solos o conjuntamente, y con distintos grados de autonomía y responsabilidad” y que “El Grupo reconoce que la aplicación concreta de los conceptos de responsable del tratamiento de datos y encargado del tratamiento de datos se está haciendo cada vez más compleja. Esto se debe ante todo a la creciente complejidad del entorno en el que se usan estos conceptos y, en particular, a una tendencia en aumento, tanto en el sector privado como en el público, hacia una diferenciación organizativa, combinada con el desarrollo de las TIC y la globalización, lo cual puede dar lugar a que se planteen cuestiones nuevas y difíciles y a que, en ocasiones, se vea disminuido el nivel de protección de los interesados”.

No obstante, en el momento actual, hay que tener en cuenta que el RGPD ha supuesto un cambio de paradigma al abordar la regulación del derecho a la protección de datos personales, que pasa a fundamentarse en el principio de «accountability» o «responsabilidad proactiva» tal y como ha señalado reiteradamente la AEPD (Informe 17/2019, entre otros muchos) y se recoge en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD): “la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan”. Dentro de este nuevo sistema, es el responsable del tratamiento el que, a través de los instrumentos regulados en el propio RGPD como el registro de actividades del tratamiento, el análisis de riesgos o la evaluación de impacto en la protección de datos personales, debe garantizar la protección de dicho derecho mediante el cumplimiento de todos los principios recogidos en el artículo 5.1 del RGPD, documentando adecuadamente todas las decisiones que adopte al objeto de poder demostrarlo.

Asimismo, partiendo de dicho principio de responsabilidad proactiva, dirigido esencialmente al responsable del tratamiento, y al objeto de reforzar la protección de los afectados, el RGPD ha introducido nuevas obligaciones exigibles no sólo al responsable, sino en determinados supuestos, también al encargado del tratamiento, quien podrá ser sancionado en caso de incumplimiento de las mismas.

A este respecto, las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD hacen especial referencia (apartado 91) a la obligación del encargado de garantizar que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o

estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria (artículo 28, apartado 3); la de llevar un registro de todas las categorías de actividades de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable (Artículo 30.2); la de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo (artículo 32); la de designar un delegado de protección de datos bajo determinadas condiciones (artículo 37) y la de notificar al responsable del tratamiento sin dilación indebida las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento (artículo 33 (2)). Además, las normas sobre transferencias de datos a terceros países (capítulo V) se aplican tanto a los encargados como a los responsables. Y por ello el CEPD considera que el artículo 28 (3) del RGPD impone obligaciones directas a los encargados, incluida la obligación de ayudar al responsable del tratamiento a garantizar el cumplimiento.

Sin perjuicio de la atribución de obligaciones directas al encargado, las citadas Directrices, partiendo de que los conceptos de responsable y encargado del RGPD no han cambiado en comparación con la Directiva 95/46 / CE y que, en general, los criterios sobre cómo atribuir los diferentes roles siguen siendo los mismos (apartado 11), reitera que se trata de conceptos funcionales, que tienen por objeto asignar responsabilidades de acuerdo con los roles reales de las partes (apartado 12), lo que implica que en la mayoría de los supuestos deba atenderse a las circunstancias del caso concreto (case by case) atendiendo a sus actividades reales en lugar de la designación formal de un actor como "responsable" o "encargado" (por ejemplo, en un contrato), así como de conceptos autónomos, cuya interpretación debe realizarse al amparo de la normativa europea sobre protección de datos personales (apartado 13), y teniendo en cuenta (apartado 24) que la necesidad de una evaluación fáctica también significa que el papel de un responsable del tratamiento no se deriva de la naturaleza de una entidad que está procesando datos sino de sus actividades concretas en un contexto específico, por lo que la misma entidad puede actuar al mismo tiempo como responsable del tratamiento para determinadas operaciones de tratamiento y como encargado para otras, y la calificación como responsable o encargado debe evaluarse con respecto a cada actividad específica de procesamiento de datos.

En este mismo sentido se viene pronunciando nuestro Tribunal Supremo, tal y como se recoge en la Sentencia de 15 de junio de 2020:

*"Fundamento de Derecho Quinto:*

*"(...) Argumentación que exige poner de manifiesto la consolidada doctrina de esta Sala que, de conformidad con las previsiones legales, tanto de la LOPD como del nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, distingue entre las figuras de responsable del tratamiento y de encargado del*

*tratamiento. Diferencia que se contiene en los apartados d ) y g) del artículo 3 de la LOPD, así como en el artículo 5.q) del Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, siendo a tal responsable del tratamiento a quien la Ley impone las obligaciones derivadas del régimen jurídico de la protección de datos y quien ha de sufrir las sanciones junto al encargado del tratamiento (art. 43 LOPD) cuando dichas obligaciones no se respetan.*

*En tal sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004, que confirma, en casación para Unificación de Doctrina, la de esta AN de 16 de octubre de 2003, haciendo eco de lo argumentado por esta Sala refiere la diferenciación de dos responsables en función de que el poder decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento.*

*Con ello, como asimismo argumenta la STS de 26 de Abril de 2005 (casación para unificación de doctrina 217/2004), el legislador español pretende adaptarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, que tiene como objetivo dar respuesta legal al fenómeno, que cada vez es más frecuente, de la llamada externalización de los servicios informáticos, donde actúan múltiples operadores, muchos de ellos insolventes, creados con el objetivo de buscar la impunidad o irresponsabilidad de los que le siguen en los eslabones siguientes de la cadena.*

*En la actualidad, el nuevo 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 (por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y de aplicación directa a partir del 25 de mayo de 2018) distingue asimismo entre las figuras del responsable y del encargado del tratamiento.*

*La primera se define en el apartado 7) del artículo 4 como " persona física o jurídica (...) que determine los fines y medios del tratamiento". Y el encargado de tratamiento en el apartado 8) del mismo artículo 4 como aquel que "trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".*

*Ello en relación con los Artículos 24 y 28 del mismo Reglamento Europeo de Protección de Datos. Responsable y encargado del*

*tratamiento de datos que, sin lugar a duda, resultan asimismo responsables de las infracciones en materia de protección de datos, en tal nuevo marco normativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 82.2 del repetido Reglamento (UE) 2016/679 a cuyo tenor: Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable. (...)"*

En el presente caso, tratándose de la actuación de organismos públicos, debe atenderse, tal y como se ha indicado en los informes anteriormente citados, a las normas jurídicas que atribuyen las correspondientes competencias, criterio recogido asimismo en las Directrices 07/2020 del CEPD, al referirse a los supuestos de control emanado de disposiciones legales:

*22. En algunos casos, el control puede inferirse de una competencia legal explícita; p. ej., cuando la designación del responsable del tratamiento o los criterios específicos de su nombramiento se establecen en el Derecho nacional o de la UE. En este sentido, el artículo 4, punto 7, establece que «si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros». A pesar de que el artículo 4, punto 7, solo hace referencia al «responsable del tratamiento» en singular, el CEPD también considera posible que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros designe más de un responsable del tratamiento, incluso en calidad de corresponsables del tratamiento.*

*23. Cuando el responsable del tratamiento se haya identificado expresamente en la normativa, esto se considerará determinante a la hora de establecer quién actúa como tal. Se presupone, por tanto, que el legislador ha designado como responsable del tratamiento al ente con verdadera capacidad para ejercer el control. En algunos países, el Derecho nacional establece que las autoridades públicas son responsables del tratamiento de datos personales en el marco de sus obligaciones.*

*24. No obstante, es más frecuente el caso en que la legislación, más que nombrar directamente al responsable del tratamiento o fijar los criterios para su nombramiento, establezca un cometido o imponga a alguien el deber de recoger y tratar determinados datos. En tales casos, el objetivo del tratamiento suele venir determinado por la ley. El*

*responsable del tratamiento será normalmente el designado por la ley para cumplir este fin, este cometido público. Este sería, por ejemplo, el caso de un ente al que se le encargaran ciertos cometidos públicos (por ejemplo, la seguridad social) que no se pudieran cumplir sin recoger al menos algunos datos personales, y que, por tanto, creara una base de datos o un registro para realizar dichas tareas. En este caso, aunque indirectamente, la legislación establece quién es el responsable del tratamiento. Con mayor frecuencia, la ley puede imponer a entes públicos o privados la obligación de conservar o facilitar determinados datos. Estos entes se considerarían en principio los responsables del tratamiento necesario para cumplir esta obligación.*

Por consiguiente, atendiendo a las competencias legalmente atribuidas, los órganos competentes del Ministerio de Justicia, así como los “juzgados, tribunales, fiscalías, oficinas judicial y fiscal, órganos técnicos auxiliares de la Administración de Justicia, unidades administrativas, órganos y organismos del departamento, así como de otras Administraciones, entidades e instituciones públicas” a los que se refiere la propuesta y respecto de los cuales la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia pondrá a disposición las aplicaciones y servicios digitales, tendrán la consideración de responsables del tratamiento, y su base jurídica de legitimación para el tratamiento de los datos personales vendrá determinada por el cumplimiento de obligaciones legales o el ejercicio de poderes públicos (artículo 6.1.c) y e) del RGPD y artículo 8 de la LOPDGDD) o, en su caso, en el ejercicio de las competencias atribuidas con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (artículo 1 y 11 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo).

Por su parte, la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia ostentaría, conforme al criterio reiterado de esta Agencia, respecto de los tratamientos de datos personales objeto de consulta, la condición de encargado del tratamiento, atendiendo a las competencias específicas que a la misma le atribuyen los apartados d) y m) del artículo 6.1. del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, y cuya concreción se lleva a cabo en la propuesta remitida.

Las citadas competencias deben ponerse en relación con la previsión legal ya contemplada en el artículo 157 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, referido a la *Reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración*, cuyo apartado 1 prevé que “*Las Administraciones pondrán a disposición de cualquiera de ellas que lo solicite las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean*

*titulares, salvo que la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por una norma. Las Administraciones cedentes y cesionarias podrán acordar la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas”.*

De este modo, la citada Dirección General no estaría tratando los datos personales para sus fines propios, sino que se trataría de una competencia atribuida normativamente para tratar datos personales por cuenta de los responsables del tratamiento.

Por consiguiente, nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 33.5 de la LOPDGDD:

*5. En el ámbito del sector público podrán atribuirse las competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local o a los Organismos vinculados o dependientes de las mismas mediante la adopción de una norma reguladora de dichas competencias, que deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679.*

Conforme a lo señalado en el presente informe, esta Agencia valora muy positivamente la modificación propuesta, ya que recoge con claridad y precisión la condición jurídica que corresponde a la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia en cuanto encargada del tratamiento, así como precisa la figura de responsable del tratamiento respecto de aquellos órganos a los que se presta servicio.

La citada condición de encargado del tratamiento la ostentaría respecto de todos los órganos citados en la propuesta a los que preste servicio, incluida esta Agencia Española de Protección de Datos Personales, autoridad administrativa independiente que, conforme a lo previsto en el artículo 44.1. de la LOPDGDD se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

No obstante, para dar adecuado cumplimiento a la previsión del citado artículo 33.5. de la LOPDGDD, que requiere que la norma reguladora de las competencias incorpore el contenido exigido por el artículo 28.3. del RGPD, debería modificarse la disposición adicional séptima para añadir dicho contenido, proponiéndose la siguiente redacción:

#### **Disposición Adicional Séptima. Protección y Tratamiento de Datos Personales.**



- 1. En el tratamiento de datos de carácter personal en las aplicaciones y servicios digitales diseñados, desarrollados o en mantenimiento por parte de la Dirección General de Transformación Digital y que hayan sido creados o implantados en el ámbito de competencias del Ministerio de Justicia, y puestos a disposición de Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Oficinas judicial y fiscal, órganos técnicos auxiliares de la Administración de Justicia, unidades administrativas, órganos y organismos del departamento, así como de otras Administraciones, entidades e instituciones públicas en virtud de procedimientos de adhesión u otros instrumentos de la misma naturaleza previstos en la legislación vigente, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, tendrá la consideración de “Encargado del Tratamiento”, correspondiendo a aquéllos la consideración de “Responsable del Tratamiento”, en aplicación 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, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , y la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.**
- 2. En su condición de encargado del tratamiento y conforme dispone el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679, Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia:**
  - a) tratará los datos personales según las instrucciones de los órganos y organismos a cuya disposición se pusieran las aplicaciones y servicios digitales;**
  - b) garantizará que las personas autorizadas a tratar los datos personales tienen contraído compromiso de confidencialidad, guarden secreto profesional sobre los mismos y no los comuniquen a terceros, salvo en aquellos casos en que deba hacerse en estricto cumplimiento de la ley;**
  - c) asistirá al órgano u organismo, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas y siempre que sea posible, para que pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III 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;**
  - d) a la finalización de la puesta a disposición de las aplicaciones y servicios digitales, facilitará la devolución de los datos al órgano**

u organismo, de acuerdo con las especificaciones técnicas que establezca el Ministerio de Justicia;

- e) pondrá a disposición del órgano u organismo beneficiario toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el 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, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del órgano u organismo o de otro auditor autorizado por aquél.

Con esta redacción, además de darse cumplimiento al mandato legal, no sería ya necesario ningún otro acto jurídico expreso que conste por escrito con el contenido del artículo 28.3 del RGPD en ninguno de los casos en los que se pusieran a disposición de otros organismos las aplicaciones o servicios.