



La consulta plantea si la entidad privada consultante reúne la condición de encargada del tratamiento de datos de carácter personal en cuanto adjudicataria de la prestación del servicio de atención telefónica y de emergencia a mujeres en situación de violencia, en virtud de concurso público convocado por la Administración Pública Autonómica competente en la materia, conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

I

En primer lugar, conviene analizar si el contenido de las conversaciones telefónicas que se realizan a través del servicio de atención telefónica, y el posible tratamiento de las mismas, deben considerarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999.

Como regla básica, el artículo 2.1, párrafo primero de la Ley dispone que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

Debe en este sentido partirse de que el tratamiento de datos generado a partir de las llamadas telefónicas realizadas al número habilitado al efecto, tiene trascendencia y entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 desde el momento en que en las mismas deban o puedan recogerse datos personales de personas que contactan con dicho servicio. Ello determina la plena aplicación de los preceptos de dicha norma en relación con el tratamiento de dichos datos de carácter personal, considerando a estos efectos lo establecido en el artículo 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999, que define el tratamiento de datos 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”. De ello resulta que si la consultante adjudicataria del servicio efectúa un procesamiento y/o grabación de las conversaciones generadas a través de las llamadas realizadas al servicio por las mujeres afectadas, implica el sometimiento de datos personales a procesos de tratamiento de datos.



II

Sentado lo anterior, la respuesta a la consulta deberá limitarse a constatar, en primer lugar, si la actividad desarrollada por la entidad contratada para la prestación del servicio se corresponde efectivamente con la predicable de la figura del encargado del tratamiento y si, en ese caso, el vínculo contractual entre la responsable del tratamiento y la encargada cumple con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999.

Es preciso indicar que la condición de responsable del tratamiento de los datos personales corresponde según lo define el artículo 3 d) de la LOPD a “la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.” A su vez, el artículo 5.1 q) del Reglamento de la LOPD define al responsable del fichero o del tratamiento como “toda 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 realice materialmente.”

En el supuesto consultado, el Instituto Público Autonómico que convoca el concurso público para la prestación del servicio descrito, tendría las competencias administrativas sobre la materia a la que se refieren los datos personales de las mujeres y, por tanto le corresponde la creación del servicio telefónico adjudicado en concurso, así como la decisión de cual ha de ser el contenido, uso y la finalidad del mismo, por lo que dicho Instituto Público reuniría la condición de responsable del fichero y tratamientos de datos de carácter personal que la gestión de tal servicio telefónico y de emergencia generase.

III

Por otra parte, estaríamos ante la figura del encargado de tratamiento contemplada en el artículo 3.g) de la LOPD que la define como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”, y el artículo 5.1 i) del Reglamento como “la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.”

Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2002 (JUR/2003/49995), “existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de los datos está amparada en la prestación de un



servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que le ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado.”

El artículo 12 de la Ley Orgánica reviste dicho encargo de tratamiento de una serie de garantías o exigencias que han sido analizadas y resumidas en múltiples pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras, en la SAN, Sección 1ª., de 16 de febrero de 2005 (rec. 101/2003) conforme a la cual:

“(…) ese acceso o tratamiento por parte del que presta el servicio aparece rodeado de un abanico de garantías para los afectados que el propio artículo 12 de la LO 15/1999 impone.

La primera de ellas estriba en que exista una constancia expresa de que el responsable del fichero ha encargado el tratamiento de los datos para lo cual se exige que conste en un contrato. A este respecto el artículo 12 impone un requisito formal por cuanto que el contrato o bien debe constar por escrito o, en todo caso, acreditarse formalmente su celebración. Es decir, la norma impone que exista una relación jurídica de naturaleza contractual entre el responsable y el tercero al que encarga el tratamiento y, además, exige una constancia formal de dicha relación. Esta exigencia es congruente con el sistema de protección de la LO 15/1999, ya que, sin consentimiento ni conocimiento de los afectados, se está permitiendo un tratamiento de sus datos personales por parte de un tercero.”

En virtud de lo señalado, sería de aplicación a la empresa tercera consultante, que prestaría el servicio adjudicado por concurso, el régimen establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Capítulo III del Título II del Reglamento que la desarrolla, caracterizado por las siguientes especialidades:

a) En primer lugar, será preciso que la actuación del encargado del tratamiento se limite a la prestación de los servicios objeto de la contratación. A tal efecto dispone el artículo 20.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que “se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado”.

b) En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 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”.

Es decir, lo fundamental en el encargo de tratamiento o tratamiento de datos por cuenta de terceros es que pueda acreditarse dicho encargo y sus condiciones o contenido, lo que en la práctica se conseguirá mediante su constatación por escrito, bien quede recogido en un contrato ad hoc, o en el propio contrato de prestación de servicios adjudicado a la consultante.

c) 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”.

Añade el artículo 20.3 del Reglamento que “no obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”. El artículo 22.1 reitera esta previsión, al indicar que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

Esta exigencia determina que el responsable del fichero de datos de carácter personal deba decidir entre las condiciones del encargo si procede la destrucción o devolución por parte del encargado, una vez finalizada la relación contractual entre ambos.

d) Por otra parte, a fin de preservar los derechos del encargado frente a posibles responsabilidades derivadas de su actuación, dispone el artículo 22.1 del Reglamento que “el encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento”.

e) En lo referente a la posible subcontratación de los servicios prestados, el artículo 21 del Reglamento permite esta posibilidad en caso de que el responsable del fichero apodere al encargado para la celebración del segundo contrato en nombre de aquél o cuando se den los requisitos especificados en el apartado 2 del citado precepto:

- “Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar”. Si dicha circunstancia no se hubiera previsto en el contrato, deberá procederse a su modificación posterior, conforme al



artículo 22.3. Igualmente, en caso de que en el contrato no conste la identificación de la empresa subcontratista “será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación”.

- “Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero”.

- Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica.

f) En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica, detallando el artículo 82 del Reglamento el modo en que deberán implantarse las medidas.

g) Por último, según el artículo 12.4, “en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen”.

IV

La exigencia de suscribir un contrato en los términos del artículo 12 de la LOPD también ha de cumplirse en el caso de tratamientos de datos por cuenta de terceros en el ámbito de la contratación pública. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2005 señala que “la existencia de un contrato entre la demandante y en este caso, una Administración Pública consistente en la prestación de un determinado servicio, se encuadraría en lo establecido en el artículo 12 de la LOPD, siempre que dicho contrato contuviera las garantías exigidas por dicho precepto. En otro apartado la Sala argumenta que el hecho de que ese contrato se haya suscrito entre un particular y una Administración Pública y formalizado como contrato administrativo sometido a una serie de principios y garantías legales, no exime al tercero que efectúa el tratamiento de datos en virtud de esa contratación de su obligación legal de obtener el consentimiento de los interesados o, en su caso, de cumplir con las garantías del artículo 12 de la LOPD que la actora entiende de aplicación. Por ello entiende que la ausencia de dichas garantías no constituye un mero defecto, sino que tiene el efecto de conllevar la aplicación del artículo 11 de la LOPD.”



Debe resaltarse que la disposición adicional trigésima primera de la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público, señala expresamente que “Los contratos regulados en la presente Ley que impliquen el tratamiento de datos de carácter personal deberán respetar en su integridad la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo.” Y lo que es más, contiene una previsión expresa acerca de la necesidad de cumplir los requisitos del artículo 12 de la LOPD. En efecto, el párrafo segundo de la citada disposición adicional señala que “para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a los datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento. En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán constar por escrito.”

V

La segunda cuestión que plantea la consulta se refiere a determinar a quién correspondería el deber de información establecido en el artículo 5 de la LOPD, si al Instituto Público Autonómico responsable del fichero y tratamientos de los datos personales, o a la consultante que accedería y trataría los datos en cumplimiento de la prestación del servicio de atención telefónica del que resultó adjudicataria.

El artículo 5. 1 de la LOPD regula el derecho de información de los afectados en la recogida de datos en los siguientes términos:

“Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”

El Real Decreto 1720/2007, de desarrollo de la LOPD establece, asimismo, en su artículo 18:

“1. El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un



medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.

2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.”

En el supuesto presente, la empresa consultante procedería a recabar los datos de las llamadas telefónicas por encargo del organismo público autonómico, que habría decidido como responsable del fichero sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, por lo que sería el responsable el que debería observar una conducta dirigida al cumplimiento de esta obligación, si bien podría realizar tal información a través de la entidad consultante a la que encargó la prestación del servicio especificando este extremo de forma que pudiera acreditarlo. Como señala la STS Sala 3ª, de 17 de abril de 2007 (rec. 3755/2003) “El responsable del tratamiento no puede desentenderse del cumplimiento de la citada obligación que le impone la LOPD, invocando una intermediación que no conste que dicha obligación se traslada al encargado de solicitar los datos personales”. De modo que la obligación de informar del artículo 5 de la LOPD solo correspondería al encargado del tratamiento, a la consultante, si ésta la asumiera en virtud de la relación jurídica que así lo estableciera. En el mismo sentido se ha pronunciado la SAN, Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2005 (rec. 1171/2003).

VI

Por último plantea la consultante si el procedimiento para hacer efectiva la información del artículo 5 citado, podría ser la inclusión en la página web de la misma de un aviso sobre privacidad que contuviera los extremos indicados en dicho artículo.

La forma elegida para dar cumplimiento a dicho deber debe reunir los requisitos exigidos en el número primero del artículo 5 de la LOPD, y permitir acreditar este cumplimiento, tal y como dispone el artículo 18 del Real Decreto 1720/2008. En consecuencia, la remisión a la política de privacidad de la empresa publicada en una página web, no parece una forma idónea, en tanto que la información se facilitaría a posteriori, mientras que el artículo 5 de la LOPD exige que la información se proporcione con carácter previo a la solicitud de los datos y, de otra parte, tampoco permite acreditar el cumplimiento de dicho deber de información.

La LOPD no exige una forma determinada para llevar a cabo este deber de información, por lo que, teniendo en cuenta que la recogida de datos se realiza en el momento de las llamadas de teléfono efectuadas por las titulares de los datos, y para no restar eficacia a dicho servicio, se podría acudir una



alocución o mensaje gravado que saltase al efectuar la llamada informando lo relacionado en el tan mencionado artículo 5 de la LOPD.

Todo ello en aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal.