

Ref. de entrada 000809/2019

La consulta plantea si, conforme a lo previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (**LOPDDD**), las entidades concesionarias administrativas de servicios públicos, que vienen actuando como **“encargadas del tratamiento”** en el ámbito de la gestión municipal en tareas tales como el aprovechamiento y explotación de dominio público o las concesiones de agua, deben seguir siendo consideradas como tales encargadas, sin posibilidad de que en ningún caso ostenten la condición de responsables de los tratamientos de datos personales.

Según expone la consultante, la Agencia se refirió en su informe 541/2008 al posible “doble carácter” de dichas entidades en relación con su actuación en materia de protección de datos, pudiendo operar en determinados supuestos como responsable de los tratamientos. En consecuencia, en atención a la reciente entrada en vigor de la LOPDDD, la entidad local consultante solicita informe sobre la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 33.2 de dicha Ley Orgánica, determinando si las entidades que actúan como **concesionarias administrativas en los servicios** a los que se ha hecho mención tienen la condición de encargadas o de responsables de los tratamientos.

## I

El artículo 4.7 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos **-RGPD-**, define al responsable del tratamiento o responsable como *“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.”*

Asimismo, el citado Reglamento se refiere -en el apartado 8 de su artículo 4-, al encargado del tratamiento o encargado como *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales*

*por cuenta del responsable del tratamiento*". En este sentido cabe recordar que la figura del encargado del tratamiento obedece a la necesidad de dar respuesta a fenómenos como la externalización de servicios por parte de las empresas y otras entidades, de manera que en aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encomiende 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 por parte del responsable a quien le presta tal servicio, sino que el tratamiento de los datos se realiza por el encargado en nombre y por cuenta del responsable como si fuera este mismo quien lo lleva a cabo.

El artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, regula dicha figura y exige en su número tercero la existencia de un contrato u otro acto jurídico con arreglo al derecho de la Unión o de los Estados miembros que vincule al encargado respecto del responsable. Dicho contrato o acto jurídico deberá constar por escrito, incluso en formato electrónico, como señala el número 9 de dicho artículo. Entre las determinaciones que debe contener dicho contrato se recoge en primer lugar la estipulación de que el encargado *"tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público"*. Asimismo, el número 10 del artículo 28, establece que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84, si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento."*

Por su parte, y en idéntico sentido, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, se refiere en su artículo 33 al encargado del tratamiento, disponiendo que:

“**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 utilizase 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.””

De este modo, teniendo en cuenta las definiciones de responsable y encargado del tratamiento contenidas tanto en el Reglamento General de Protección de Datos, como en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, debe considerarse que el criterio definidor de la condición de responsable del tratamiento viene dado por la potestad de determinar los fines y los medios del tratamiento, en tanto que el encargado debe limitar su actuación a seguir las instrucciones del responsable, reputándosele responsable en caso de que determine fines y medios, esto es, si utiliza para fines propios los datos personales que el responsable le haya comunicado para que lleve a cabo el tratamiento objeto de encargo, sin perjuicio de que pueda incurrir en una infracción del **RGPD** con dicha actuación.

En consecuencia, la existencia de un encargado del tratamiento vendrá delimitada por la concurrencia de dos características derivadas de la normativa citada. De una parte, la imposibilidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y, de otra parte, la inexistencia de una relación directa entre el afectado y el encargado, que deberá en todo caso obrar en nombre y por cuenta del responsable como si la relación fuese entre éste y el afectado.

Para delimitar los supuestos en los que el adjudicatario tendrá la condición de responsable o encargado del tratamiento deberá partirse, por tanto, de la propia naturaleza del contrato principal entre las partes y de las consecuencias de su celebración, en el sentido de determinar si de la adjudicación se deriva el nacimiento de una relación directa entre quien presta el servicio público y el administrado que hace uso de tal servicio.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento. Así, la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 recuerda que

*“La diferencia entre encargado del tratamiento y cesión en algunos casos reviste cierta complejidad, pero como ha señalado esta Sección en la reciente sentencia de 12 de abril de 2005 (recurso 258/2003) lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto. Siendo esencial para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de*

*tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado”.*

## II

En el momento de emisión del presente informe y versando la consulta sobre tratamientos de datos personales realizados por los contratistas de las Administraciones Públicas, debe partirse necesariamente de la normativa contenida en la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que derogó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Bajo el título “Protección de datos de carácter personal”, la **Disposición adicional vigésima quinta**, de la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre**, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que:

“1. 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.

**2. Para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado del tratamiento.** (la negrita es nuestra)

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 de constar por escrito.

Cuando finalice la prestación contractual los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que esta hubiese designado.

El tercero encargado del tratamiento conservará debidamente bloqueados los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento.

3. En el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, encargado del tratamiento, deberán de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.

b) Que el tratamiento de datos de carácter personal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento.”

Pues bien, precisamente el **precepto transcrito ha de ponerse en conexión** con lo dispuesto en el **apartado 2 del artículo 33** de la LOPDDD -al que se refiere el escrito de consulta-, cuando se descarta la consideración de la figura del “responsable del tratamiento” en aquellos supuestos en los que los encargos se efectúen en el marco de la legislación de contratación del sector público.

Esto es, tal y como se desprende de dicho precepto, no obstante la eventual actuación de determinada entidad en su propio nombre y sin que conste que actúe por cuenta de otro, e incluso el eventual establecimiento de relaciones directas 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-), **no decae la consideración de “encargado del tratamiento”** en relación con los encargos efectuados en el marco de la legislación de contratación del sector público.

Por lo tanto, ha sido el propio legislador nacional el que ha considerado a los contratistas de la Administración como encargados del tratamiento. Dicha previsión se ajusta a lo previsto en el Considerando 45 y en el artículo 6, apartados segundo y tercero del RGPD, que prevé que en los casos en que el tratamiento encuentre su base jurídica en las letras c) y e) del mismo precepto, la norma nacional pueda especificar las condiciones generales del presente Reglamento por las que se rige la licitud del tratamiento de datos personales, establecer especificaciones para la determinación del responsable del

tratamiento, el tipo de datos personales objeto de tratamiento, los interesados afectados, las entidades a las que se pueden comunicar los datos personales, las limitaciones de la finalidad, el plazo de conservación de los datos y otras medidas para garantizar un tratamiento lícito y leal.

### En conclusión:

Con carácter general, debe entenderse que la contratación público-administrativa sometida al marco jurídico de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, confiere a la entidad pública contratante -esto es, a la Administración pública, órgano administrativo o ente público actuante- la cualidad de “responsable de los tratamientos” derivados de su actividad contractual en la gestión de los servicios públicos de competencia local.

En consecuencia, también con carácter general, las entidades contratadas por la Administración pública o por los órganos administrativos para la prestación de servicios públicos, tendrán la consideración de “encargadas del tratamiento”.

Por lo tanto, en el supuesto sometido a consulta -relativo a la actividad de las **empresas concesionarias** en el ámbito de la **gestión municipal**, en tareas tales como el aprovechamiento y explotación de dominio público o las concesiones de agua-, nos encontraríamos ante la situación de acceso a datos por cuenta de terceros, que caracteriza a la figura del “**encargado del tratamiento**”, correspondiendo al responsable del tratamiento la determinación de los fines y medios a utilizar en relación con el tratamiento de datos de carácter personal.

De tal modo, el título jurídico habilitante -en orden al tratamiento de datos realizado por la entidad concesionaria en virtud del encargo conferido- derivará del propio contrato administrativo suscrito, que le confiere la condición de encargada del tratamiento.

En este contexto, caracterizado por la concurrencia de la actividad de un responsable y un encargado del tratamiento, se inscribe la propia naturaleza del contrato de concesión de servicios, definido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuyo artículo 284 se prevé:

“Artículo 284. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá **gestionar indirectamente**, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, **que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma**, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.”