

En la consulta, relativa a la actividad de la consultante como prestadora de servicios en el área de construcción, tales como los relativos —entre otros— a control técnico, certificados de conformidad, prevención para empresas, coordinación en materia de seguridad y salud, asistencia en la gestión de riesgos operacionales, y control de calidad, *se solicita aclaración* sobre su posición jurídica en el marco de la normativa de protección de datos, con determinación de si se trata de un responsable o de un encargado del tratamiento.

Según se expone, actualmente, únicamente el promotor de las obras y servicios arrendados es considerado responsable del tratamiento, mientras que la consultante se identifica como encargada de este respecto al acceso y comunicaciones del flujo de datos personales que se generan en las obras. Sin embargo, *“atendiendo a su imparcialidad y libertad de criterio profesional, se suscitan dudas en relación con su posible encaje dentro de la figura del responsable del tratamiento”*.

A este respecto, se alude a que parte de las funciones encomendadas a la consultante, se realizan en virtud de *obligaciones establecidas legalmente*, así como que a que las comunicaciones de datos personales —tanto recibidos como enviados— resultan necesarias para el cumplimiento de la relación contractual suscrita con el promotor.

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 este, 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 llevase a cabo.

El artículo 28 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 3* 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."*

Abundando en lo anterior, el Considerando (81) del RGPD, señala que:

"(...) El tratamiento por un encargado debe regirse por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros que vincule al encargado con el responsable, que fije el objeto y la duración del tratamiento, la naturaleza y fines del tratamiento, el tipo de datos personales y las categorías de interesados, habida cuenta de las funciones y responsabilidades específicas del encargado en el contexto del tratamiento que ha de llevarse a cabo y del riesgo para los derechos y libertades del interesado. (...)

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.

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 RGPD, como en la LOPDGDD, 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*. Por su parte, 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 la consultante tendrá la condición de responsable o encargado del tratamiento deberá partirse, por tanto, de su propia naturaleza y de la concreción legal de sus funciones, así como de la eventual celebración de un *contrato o de la existencia de otro acto jurídico* que, con arreglo al derecho de la Unión o de los Estados miembros, vincule a dicho organismo con el responsable del tratamiento, y atribuya a aquélla la condición de encargado en los supuestos que corresponda.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento. Así, la Sentencia de 2 de febrero de 2018, en su Fundamento de Derecho Quinto, recuerda que:

“(…)

Por otra parte, el nuevo Reglamento (UE) 2016/679 (LCEur 2016, 605) 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 (LCEur 1995, 2977), y de aplicación directa a partir del 25 de abril de 2018) contempla asimismo las figuras del responsable y del encargado del tratamiento.

La primera en el artículo 24.1: el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Y el encargado del tratamiento en el artículo 28.1: el responsable del tratamiento elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

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 mismo Reglamento (UE) 2016/679 (LCEur 2016, 605) 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.”

E incluso el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 15 de junio de 2020, proclama que:

“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, haciéndose 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". (el subrayado es nuestro)

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. (...)"

II

El RGPD recoge la necesidad de establecer claramente el mapa de intervinientes en todo tratamiento de datos, al objeto de determinar con acierto la atribución de responsabilidades de acuerdo con la citada norma.

Como punto de partida, debemos acudir a lo indicado en el Considerando 79 del RGPD que señala que (...) La protección de los derechos y libertades de los interesados, así como la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento, también en lo que respecta a la supervisión por parte de las autoridades de control y a las medidas adoptadas por ellas, requieren una atribución clara de las responsabilidades en virtud del presente Reglamento, incluidos los casos en los que un responsable determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros responsables, o en los que el tratamiento se lleve a cabo por cuenta de un responsable (...).

Esta regulación pretende que no queden supuestos de actuación fuera de su ámbito de aplicación, con el fin de dotar a las autoridades de supervisión, de los elementos necesarios para desarrollar su función y, en definitiva, para brindar a los ciudadanos europeos la protección que merecen sus datos de carácter personal. Por tanto, cualquier actividad que conlleve el tratamiento de datos personales será atribuible a algún sujeto que cumpla los requisitos de las distintas categorías que ofrece el RGPD.

En este contexto, la consulta se *refiere* al arrendamiento de servicios que tiene por objeto la aplicación por la consultante de los medios oportunos para la realización del servicio de *coordinación de seguridad y salud en fase de ejecución de obra* entre las empresas contratistas y subcontratistas que concurran en la ejecución de una obra, y, más específicamente, a *la figura* del Coordinador de Seguridad y Salud en Fase de Ejecución de obra —**CSSFE**—.

Dicha figura se regula en el artículo 2, apartado f), del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, que dispone:

“Artículo 2 Definiciones

1. A efectos del presente Real Decreto, se entenderá por:
(...)

f) Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra: el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el artículo 9.”

De acuerdo con el artículo 9 del citado Real Decreto, las obligaciones y funciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra, son las siguientes:

“El coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra deberá desarrollar las siguientes funciones:

a) Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad:

1.º Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente.

2.º Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.

b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra y, en particular, en las tareas o actividades a que se refiere el artículo 10 de este Real Decreto.

c) Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo. Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 7, la dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.

d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.

f) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra. La dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.”

Según se expone en la consulta —en atención a la importancia de sus funciones— en la línea jerárquica de mando en la obra, el CSSFE tiene que

estar al mismo nivel que los directores de obra como un técnico más que interviene con plenos poderes en la obra **representando al promotor** y que asume una enorme responsabilidad con su actuación, integrándose —incluso— en la dirección facultativa de la obra.

El artículo 3 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, determina que la designación del CSSFE **corresponde al promotor**, que no podrá delegar ni transmitir dicha obligación al contratista o a terceros. **Por tanto, la contratación de los servicios se realiza por parte del promotor a la entidad consultante.**

La distinción entre el responsable y el encargado el tratamiento ha sido objeto de análisis en multitud de informes emitidos por esta Agencia, entre otros, los 0007/2019, 0029/2019, 0046/2020, y **0159/2018**. A este último, relativo a las actividades de auditoría de tercera parte, *se refiere expresamente la consulta* al solicitar la revisión del encaje de su actividad —en tanto que prestadora de servicios, realizados con plena independencia y criterio profesional— en el marco de la normativa de protección de datos.

Así, según se expone en el escrito presentado, el CSSFE “*actúa con plena independencia y libertad de criterio profesional*”, **si bien, se indica** que “*no ejercerá mando alguno sobre los trabajadores de la obra, toda vez que de conformidad con el artículo 2.2 del RD 1627/1997 y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la condición de empresario a los efectos de cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales corresponde al/ a los contratista/s y subcontratista/s*”.

Más recientemente, en nuestro **informe 0038/2021**, se analiza pormenorizadamente la figura del **monitor en los ensayos clínicos**, desarrollándose la argumentación jurídica que sirve para considerar que tal figura desempeña el papel de encargado del tratamiento de los datos, y no de responsable de este.

Así, según se señala en el **Punto II** de dicho Informe:

“(…) 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

podiera 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 7/2020** 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 ~~—actual 93—~~) 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.”

Cabe reseñar que las referidas **Directrices 7/2020**, han sido objeto de adopción definitiva con fecha 7 de julio de 2021.

Continúa el citado informe **0038/2021**, indicando que:

“No obstante, en la práctica pueden darse situaciones más complejas atendiendo a las distintas funciones de los actores y al tratamiento en sí mismo considerado, y es preciso acudir a los criterios interpretativos fijados por el Comité Europeo de Protección de Datos, en las Directrices 7/2020 de 2 de septiembre de 2020 “Sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD”, de las que cabe destacar los siguientes apartados:

12. Los conceptos de responsable y encargado son conceptos funcionales: su objetivo es asignar responsabilidades de acuerdo con las funciones reales de

las partes. Esto implica que la condición jurídica de un actor como «responsable» o «encargado» debe determinarse en principio por sus actividades reales en una situación específica, y no por la designación formal de un actor como «responsable» o «encargado» (por ejemplo, en un contrato).

21. (...) En la mayoría de las situaciones, **el «órgano determinante» puede identificarse fácil y claramente por referencia a determinadas circunstancias jurídicas o fácticas de las que normalmente puede inferirse la «influencia», a menos que otros elementos indiquen lo contrario. Se pueden distinguir dos categorías de situaciones: 1) el control derivado de las disposiciones legales; y 2) control derivado de la influencia fáctica.** (...) (la negrita es nuestra)

22. (...) (En algunos casos,) el control puede deducirse de una competencia jurídica explícita, por ejemplo, cuando el responsable o los criterios específicos para su designación son designados por el Derecho nacional o de la Unión (...)

23 (**—actual 24—**) (...) la ley establecerá una **tarea o impondrá a alguien la obligación de recopilar y tratar determinados datos**. En esos casos, la finalidad de la tramitación suele ser determinada por la ley. El responsable será normalmente el designado por la ley para la realización de este propósito, esta tarea pública (...) De manera más general, la ley también puede imponer a las entidades públicas o privadas la obligación de conservar o facilitar determinados datos. Estas entidades normalmente se considerarían responsables con respecto al tratamiento necesario para cumplir esta obligación. (la negrita es nuestra)

25 (**—actual 26—**). La necesidad de una evaluación fáctica significa también que el papel de un responsable del tratamiento no se deriva de la naturaleza de una entidad que está tratando datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. En otras palabras, la misma entidad puede actuar al mismo tiempo que el responsable de 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 tratamiento de datos.

26 (**—actual 27—**) (...) Cuando una entidad se dedica al tratamiento de datos personales como parte de sus interacciones con sus propios empleados, clientes o miembros, generalmente será la que pueda determinar de hecho el propósito y los medios en torno al tratamiento y, por lo tanto, actúa como responsable en el sentido del RGPD (...)

27(**—actual 28—**) (...) las condiciones de un contrato no son decisivas en todas las circunstancias, ya que esto simplemente permitiría a las partes asignar la responsabilidad que estimen conveniente. No es posible convertirse en responsable o eludir las obligaciones de responsable simplemente configurando el contrato de una manera determinada cuando las circunstancias de hecho dicen algo más.

28 (**—actual 29—**). Si una de las partes decide de hecho por qué y cómo se tratan los datos personales esa parte será un responsable, incluso si un

contrato dice que es un encargado. Del mismo modo, no es porque un contrato comercial utilice el término «subcontratista» que una entidad sea considerada un encargado desde la perspectiva de la legislación de protección de datos (...)

75 (~~—actual 76—~~). Dos condiciones básicas para la calificación como encargado son:

Ser una entidad separada (independiente) en relación con el responsable, y (tratar) datos personales (por cuenta el responsable) en nombre del responsable del tratamiento. (...)

78 (~~—actual 79—~~). El tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento requiere, en primer lugar, que la entidad independiente **procese datos personales en beneficio del responsable**. En el artículo 4, apartado 2, el tratamiento se define como un concepto que incluye una amplia gama de operaciones que van desde la recogida, el almacenamiento y la consulta hasta la utilización, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición y destrucción. En la práctica, esto significa que todo tratamiento imaginable de datos personales constituye tratamiento (...) (la negrita es nuestra)

79 (~~—actual 80—~~). **En segundo lugar, el tratamiento debe realizarse en nombre de un responsable, pero no bajo su autoridad o control directo.** Actuar «en nombre de» significa servir a los intereses de otra persona y recuerda el concepto jurídico de «delegación». En el caso de la legislación sobre protección de datos, se pide al encargado *que aplique las instrucciones dadas por el responsable del tratamiento al menos con respecto a la finalidad del tratamiento y los elementos esenciales de los medios (...)* (la negrita es nuestra)

80 (~~—actual 81—~~). Actuar «en nombre de» significa también que el encargado no puede llevar a cabo el tratamiento para su propio(s) propósito(s).

81 (~~—actual 82—~~). El EDPB recuerda que no todos los proveedores de servicios que tratan datos personales durante la prestación de un servicio son «encargados» en el sentido del RGPD. El papel de un encargado no se deriva de la naturaleza de una entidad que está tratando datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. La naturaleza del servicio determinará si la actividad de tratamiento equivale al tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento en el sentido del RGPD.”

Asimismo, conviene resaltar que, para el supuesto de acceso a los datos por cuenta de terceros, en el *Punto 95* de las **Directrices 7/2020**, se señala que:

“95. Las garantías «ofrecidas» por el encargado serán aquellas que este pueda demostrar a satisfacción del responsable del tratamiento, puesto que estas son las únicas que el responsable del tratamiento puede tener en cuenta al evaluar el cumplimiento de sus obligaciones. Esto exigirá a menudo **el intercambio de**

la documentación pertinente (p. ej., la política de privacidad, los términos del servicio, el registro de las actividades de tratamiento, la política de gestión de los registros, la política en materia de seguridad de la información, los informes de las auditorías externas sobre la protección de datos y las certificaciones internacionales reconocidas, como la serie ISO 27000).” (la negrita es nuestra)

Lo anterior resulta conforme con el hecho de que la consultante —en la actualidad, en su posición de encargado del tratamiento—, tal y como se indica en la consulta:

- El CSSFE acceda a gran volumen de documentación, (i) tanto previamente al inicio de sus trabajos, como durante la ejecución de la obra, correspondiéndole —entre otras tareas— la aprobación del plan de seguridad y salud o, en su caso, la presentación de las modificaciones pertinentes para que se pueda iniciar la actividad en la obra, y (ii) realice accesos y comunicaciones sobre el gran flujo de datos personales que se genera en la obra, muchos de ellos exigidos por Ley.
- El CSSFE, siguiendo lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, disponga en cada centro de trabajo de un libro de incidencias, con fines de control y seguimiento del plan de seguridad y salud, que deberá mantenerse siempre en la obra y estará en poder de dicho coordinador en materia de seguridad y salud, quien realizará las anotaciones oportunas, **dirigidas al contratista de la obra y que deberán ser enviadas a la Inspección de Trabajo**, siendo estas anotaciones de vital importancia para su defensa en caso de un hipotético accidente laboral en obra.

III

La cuestión que debe dilucidarse es la determinación del papel de cada uno de los intervinientes en el proyecto y ejecución de la obra desde el punto de vista de la normativa de protección de datos de carácter personal, a fin de especificar si dichos intervinientes tienen la condición de responsables o de encargados del tratamiento, siendo importante señalar que la condición de responsable no exige el acceso efectivo a los datos, sino la potestad de **decisión sobre los fines y los medios** del tratamiento —ex art 4.7 RGPD—.

En este sentido, los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, disponen lo siguiente:

“Artículo 2. Definiciones.

1. A efectos del presente Real Decreto, se entenderá por:

a) Obra de construcción u obra: cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el anexo I.

(...)

c) **Promotor**: cualquier persona física o jurídica **por cuenta de la cual se realice una obra**.

d) **Projectista**: el autor o autores, por **encargo del promotor**, de la totalidad o parte del proyecto de obra.

e) **Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra**: el técnico competente **designado por el promotor para coordinar**, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios que se mencionan en el artículo 8.

f) **Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución** de la obra: el técnico competente integrado en la dirección facultativa, **designado por el promotor** para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el artículo 9.

g) **Dirección facultativa**: el técnico o técnicos competentes **designados por el promotor**, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra.

h) **Contratista**: la **persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor**, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.

i) Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

(...) (la negrita es nuestra)

2. El contratista y el subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

(...)

Artículo 3. Designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud.

1. En las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios projectistas, **el promotor designará un coordinador en materia de seguridad y de salud** durante la elaboración del proyecto de obra. (la negrita es nuestra)

2. Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, **el promotor**, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, **designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra**. (la negrita es nuestra)

3. La designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la obra podrá recaer en la misma persona.

4. La designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades. (la negrita es nuestra)

Artículo 4. Obligatoriedad del estudio de seguridad y salud o del estudio básico de seguridad y salud en las obras.

1. **El promotor estará** obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes:

(...) (la negrita es nuestra)

2. En los proyectos de obras no incluidos en ninguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, **el promotor estará obligado** a que en la fase de redacción del proyecto **se elabore un estudio básico de seguridad y salud.**" (la negrita es nuestra)

Pues bien, la descripción legal de las diversas figuras que participan en el proyecto y ejecución de la obra, así como la enumeración de sus funciones y el nivel y grado de su responsabilidad, deben ponerse en conexión con los conceptos jurídicos del RGPD y de la LOPDGDD —responsable y encargado del tratamiento—, siguiendo para ello la interpretación que facilita el Comité Europeo de Protección de Datos en sus **Directrices 7/2020**, adoptadas de forma definitiva el 7 de julio de 2021.

Partiendo de los criterios señalados, y siendo el responsable del tratamiento quien determina *los fines y los medios* de este, es preciso analizar cómo se articulan dichas decisiones. Para ello, debe partirse de la definición del **promotor** como (i) "persona física o jurídica **por cuenta de la cual se realice una obra**" (artículo 2.1.c. Real Decreto 1627/1997), (ii) *siendo dicho promotor quien designa un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra* (artículo 3.1), y (iii) *procede* —asimismo— a su *designación durante la ejecución de la misma* (artículo 3.2), (iv) **sin que** la designación de los coordinadores **exima al promotor de sus responsabilidades** (artículo 3.4).

Asimismo, las obligaciones atinentes a la elaboración del *estudio de seguridad y salud o del estudio básico de seguridad y salud* en las obras corresponden también al *promotor* (artículo 2 Real Decreto 1627/1997), sin perjuicio de que este proceda a la designación de otra persona o entidad, a la que encargue la gestión de dichos trabajos, su puesta en marcha y su seguimiento.

En este escenario, tiene encaje la figura del coordinador en materia de seguridad y de salud —**CSSFE**— designado por el promotor (artículo 2.1 e. y f.), que, tanto durante la elaboración del proyecto de obra como durante su ejecución (artículo 3), actuará por delegación, en calidad de encargado del tratamiento.

En consecuencia, las funciones y tareas encomendadas a los **CSSFE** que sean contratados por el promotor al amparo de los artículos 2 y 3 del Real

Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, se llevarán a cabo siempre por cuenta de dicho promotor, quien, en su ámbito organizativo y, de acuerdo con los fines previstos para el tratamiento de los datos personales, *optará* por la contratación de una u otra persona física o jurídica para la realización de los correspondientes trabajos, siendo estos de cuenta y riesgo del promotor de la obra, que no queda exonerado de sus obligaciones.

De tal suerte, nos encontramos ante un claro ejemplo de encargado del tratamiento, accediendo los CSSFE a los datos por cuenta del responsable de este. Tan es así que, en su caso, para el supuesto de que —en el ámbito de su propia organización— el promotor dispusiese de los medios personales y materiales adecuados exigidos por la normativa aplicable, **nada se opondría a la posibilidad de que procediese a la designación de un CSSFE integrado en su propia organización.**

La correcta designación del encargado del tratamiento constituye una manifestación más del principio de responsabilidad proactiva, toda vez que el RGPD impone al responsable del tratamiento una obligación de diligencia a la hora de **elegir a un encargado de tratamiento**, indicando el Considerando 81 lo siguiente (...) Para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento respecto del tratamiento que lleve a cabo el encargado por cuenta del responsable, este, al encomendar actividades de tratamiento a un encargado, debe recurrir únicamente a encargados que ofrezcan suficientes garantías, en particular, en lo que respecta a conocimientos especializados, fiabilidad y recursos, de cara a la aplicación de medidas técnicas y organizativas que cumplan los requisitos del presente Reglamento, incluida la seguridad del tratamiento.(...). De tal modo, *en la mayoría de las ocasiones*, el promotor deberá acudir a la contratación de otra persona física y/o jurídica para la coordinación del proyecto de seguridad y salud y para su ejecución efectiva.

En resumen, de la descripción legal de la figura del CSSFE, del carácter de su nombramiento —que corresponde al promotor—, y de la naturaleza de sus funciones, se extrae claramente que dicho coordinador accederá a los datos de carácter personal y procederá a su tratamiento en su condición de encargado de este.

IV

En ambos casos, esto es, tanto para el promotor —como responsable del tratamiento—, como para el CSSFE —en su condición de encargado—, la base jurídica que justifica dicho tratamiento se corresponde con la prevista en el **artículo 6.1 c) del RGPD**, cuando dispone que:

“Artículo 6 —Licitud del tratamiento—

1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

(...)

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (...)"

El tratamiento de los datos de carácter personal de los afectados se produce en cumplimiento de **una obligación legal del promotor**, dimanante de lo previsto en los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, dictado en desarrollo del **artículo 6 de la Ley 31/1995**, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Como se viene exponiendo, 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 supuestos como el sometido a consulta, el responsable del tratamiento encomienda a un tercero —a la entidad consultante— la prestación de un servicio que lleva aparejado el tratamiento de datos personales, configurando así el encargo y dando lugar al acceso a la información con datos de carácter personal por cuenta del responsable.

La condición del CSSFE, como encargado del tratamiento del promotor, *no se ve desvirtuada* por la circunstancia de que los profesionales que ostenten dicho cargo lo desempeñen con imparcialidad y libertad de criterio profesional. Además, en el acceso a datos por cuenta de terceros, la atribución de las operaciones de tratamiento al responsable significa que el tratamiento de los datos se realiza por el encargado en nombre del responsable como si fuera este mismo quien lo llevase a cabo.

Así, según interpretan las **Directrices 7/2020**, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD, en su versión definitiva de 7 de julio de 2021:

79—). El tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento requiere, en primer lugar, que **la entidad independiente procese datos personales en beneficio del responsable**. En el artículo 4, apartado 2, el tratamiento se define como un concepto que incluye una amplia gama de operaciones que van desde la recogida, el almacenamiento y la consulta hasta la utilización, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición y destrucción. En la práctica, esto significa que todo tratamiento imaginable de datos personales constituye tratamiento (...) (la negrita es nuestra)

80—). En segundo lugar, el tratamiento debe realizarse en nombre de un responsable, pero no bajo su autoridad o control directo. Actuar «en nombre de» significa servir a los intereses de otra persona y recuerda el concepto jurídico de «delegación». En el caso de la legislación sobre protección de datos, se pide al encargado *que aplique las instrucciones dadas por el responsable del tratamiento al menos con respecto a la finalidad del*

tratamiento y los elementos esenciales de los medios (...) (la negrita y el subrayado son nuestros)
(...)

82—. (...) El papel de un encargado no se deriva de la naturaleza de una entidad que está tratando datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. **La naturaleza del servicio** determinará si la actividad de tratamiento equivale al tratamiento de datos personales en nombre del responsable del tratamiento en el sentido del RGPD.” (la negrita es nuestra)

Tal y como se expuso con anterioridad, para que la relación entre *responsable* y *encargado* del tratamiento pueda ser calificada como tal, es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 28.3 del RGPD y del artículo 33 de la LOPDGDD.

De acuerdo con dichas premisas, en el supuesto sometido a informe, efectivamente, la actividad desarrollada por el CSSFE no se extiende a un poder decisorio sobre los datos, ni los destina a otras finalidades diferentes, siendo por tanto un verdadero encargado del tratamiento.

Así, su actividad de acceso a los datos por cuenta del responsable se efectúa con la *exclusiva finalidad de prestar un servicio a dicho responsable del tratamiento, encontrándose dicha relación de servicios contractualmente establecida*; es decir, en todo caso, será necesario que se suscriba el correspondiente contrato, que deberá ser concertado entre el responsable del tratamiento —promotor de la obra— y el encargado del tratamiento —la entidad consultante—.

Así, la entidad consultante, incluso en este supuesto —en el que realiza sus funciones con total *imparcialidad e independencia*, siguiendo lo dispuesto en la normativa que, específicamente, resulta aplicable—, (i) procesa los datos personales en beneficio del responsable, (ii) y realiza el tratamiento en nombre de dicho responsable, aunque no se encuentre bajo su autoridad o control directo, pero (iii) sirviendo a los intereses del promotor (responsable).

V

Finalmente, en cuanto a *los requisitos formales del encargo del tratamiento*, debe reiterarse que el artículo 28.3 del RGPD exige 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 con el 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 a 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".

El hecho de que la relación derivada del contrato sea la existente entre un responsable y un encargado del tratamiento implicará que al término de la relación sea aplicable lo establecido en el artículo 33 de la LOPDGDD, de forma que cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, el responsable del tratamiento determinará si los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado. En cualquier caso, 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.

A su vez, en los *contratos* suscritos deben recogerse todas las medidas de seguridad que resulten de aplicación, así como la obligación del encargado de someterse al cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de datos. Muy especialmente, el encargado del tratamiento deberá garantizar el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de seguridad, dispone el artículo 28 de la LOPDGDD, relativo a las medidas de responsabilidad proactivas que resultan de aplicación a responsables y encargados, y que se concretan en la adopción de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que se deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el RGPD, con la propia LOPDGDD, y con la legislación sectorial aplicable.

En cuanto a las medidas de seguridad exigibles, el artículo 32 del RGPD no establece una lista cerrada de medidas de seguridad que el responsable y el *encargado* hayan de adoptar, de manera que, adoptándolas, cumplirían con sus obligaciones en materia de seguridad, sino que en virtud del principio de responsabilidad proactiva, establece que "teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo", que en su caso incluya, entre otras:

- "a) la seudonimización y el cifrado de datos personales;
- b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;
- c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;

d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento”.

En definitiva, en su condición de **encargados** del tratamiento, los CSSFE se encuentran —también— plenamente sometidos a la *normativa de seguridad* aplicable en materia de protección de datos.

En resumen, de acuerdo con el análisis realizado en el presente informe, desde la perspectiva de la protección de datos —conforme al RGPD y al criterio previo de esta Agencia—, la entidad consultante y, en su caso, el CSSFE de ella dependiente, ostentan la condición de “encargados del tratamiento”, en cuanto que tratan los datos personales por cuenta del promotor, que es quien determina los fines y los medios del tratamiento. Dicho promotor, en su condición de responsable del tratamiento, realiza la obra por cuenta propia, sin que la designación de CSSFE le exima de sus responsabilidades, y sin que el carácter imparcial e independiente de las funciones desempeñadas por este lo conviertan en responsable del tratamiento, debiendo suscribirse entre el promotor y la consultante el contrato previsto en el artículo 28.3. del RGPD.

De acuerdo con los artículos 4.7 y 24 RGPD, el promotor será el responsable del tratamiento, correspondiendo al CSSFE, en atención a las circunstancias concurrentes, la condición jurídica del encargado del tratamiento —ex 28 RGPD y 33 LOPD—, actuando por cuenta del responsable en el ejercicio de sus funciones.