

LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HACIA EL DERECHO PRIVADO Y LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FICHEROS DE DATOS PERSONALES Y EN LA DELIMITACIÓN DEL RESPONSABLE Y DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

ANTONIO TRONCOSO REIGADA

Director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Resumen: La capacidad de la Administración para definir la forma de prestar los servicios públicos, lo que incluye el recurso al Derecho privado o la privatización del servicio, tiene consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros y tratamientos de datos personales. En el presente trabajo se describen las consecuencias que para el tratamiento de datos personales tiene la huída de la Administración Pública hacia el Derecho Privado; y se analizan los diferentes sectores donde esta situación levanta más polémicas, tales como sanidad, servicios sociales, educación, universidades, centros deportivos, abastecimiento de agua o colaboración en potestades públicas.

Palabras clave: Administración Pública, Derecho privado, sociedades mercantiles, fundaciones, sanidad, educación, servicios públicos, encargado del tratamiento

Abstract: The ability of Public Administration defining how to provide public services, including the use of private law or privatizing those services, has implications for the legal status of files and personal data processing. This essay describes the consequences that escape of Public Administration from Public Law to Private Law have in relation to personal data processing. This essay also analyzes the different sectors where this situation leads more problems, such as health services, social services, education, Universities, sports centres, water supply or other civil services.

Keywords: Public Administration, private law, corporations, foundations, health, education, social services, processor

SUMARIO: I. LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HACIA EL DERECHO PRIVADO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FICHEROS Y TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES. 1. Las sociedades mercantiles públicas y los Entes públicos que recurren al Derecho privado. 2. Las fundaciones creadas por las Administraciones públicas. Especial referencia al ámbito sanitario. II. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE EMPRESAS PRIVADAS: ENCARGADO DE TRATAMIENTO PRIVADO DE FICHEROS PÚBLICO O RESPONSABLE DE FICHERO PRIVADO. 1. Los criterios de delimitación. 2. El régimen jurídico aplicable al encargo de tratamiento privado de fichero público. 3. La aplicación de los criterios propuestos a algunos supuestos concretos: sanidad, servicios sociales, educación, universidades, centros deportivos, abastecimiento de agua, colaboración en potestades públicas.

I. LA HUIDA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HACIA EL DERECHO PRIVADO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FICHEROS Y TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES.

La Administración tiene capacidad para definir la forma de prestar los servicios públicos, lo que incluye el recurso al Derecho privado o la privatización del servicio¹, pero esta decisión tiene consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros y tratamientos de datos personales. Así, si la gestión directa centralizada por la Administración de los servicios públicos da lugar a ficheros públicos y no plantea dificultades, los problemas comienzan en la gestión directa descentralizada y en la gestión indirecta –que analizaremos en el próximo apartado–. Las Administraciones Públicas están recurriendo cada vez más a la forma jurídica o al

¹ Estas dos temáticas del Derecho público las hemos abordado de manera específica en dos trabajos. Cfr. más ampliamente A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997; y “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, págs. 87-164. Recientemente hemos analizado la cuestión en “La Administración Institucional en la Comunidad de Madrid”, en E. ÁLVAREZ CONDE y R. PLAZA DE DIEGO, *Derecho Público y Administración de la Comunidad de Madrid*, I, Tirant lo Blanch-IMAP, Valencia, 2008, págs. 673-789. Por ello, vamos a centrarnos únicamente en sus consecuencias en el derecho a la protección de datos personales.

régimen jurídico privado para el desempeño de su actividad, en lo que se ha calificado como una auténtica “huida del Derecho administrativo” o una “huida al Derecho privado”. Esto ha hecho que no siempre resulte fácil precisar si los distintos entes, organismos y empresas dependientes de la Administración tienen el carácter o no de Administración Pública, a los efectos de definir la cualidad pública o privada de sus ficheros. Así, existen muchos supuestos donde esta diferenciación entre lo público y lo privado no es a simple vista evidente. La Administración Pública no sólo ha recurrido al Derecho privado para el ejercicio de su actividad –Entes públicos que actúan en régimen de derecho privado-; también hay actividades que desarrollan las Administraciones Públicas no sólo en régimen jurídico privado sino acudiendo a formas jurídicas privadas de personificación -sociedades mercantiles públicas donde la totalidad de las acciones pertenecen a los poderes públicos, sociedades de participación pública mayoritaria y supuestos de participación pública minoritaria pero de control-.

Esta huida del Derecho Administrativo tiene consecuencias en materia de protección de datos personales. La determinación de si el responsable de un fichero es una Administración Pública o una entidad privada afecta al carácter público o privado de un fichero y, por tanto, al régimen jurídico del mismo. Así, como hemos señalado en otra ocasión, los ficheros públicos disponen de un régimen jurídico específico que permite sin consentimiento del interesado el tratamiento de datos –art. 6 LOPD- y las cesiones de estos datos entre Administraciones Públicas para fines históricos, estadísticos o científicos –art. 11.2.e) LOPD- o para el ejercicio de competencias semejantes o de competencias que versen sobre las mismas materias –art. 21.1 LOPD- que no tienen los ficheros privados; el incumplimiento de la normativa de protección de datos en un fichero público da lugar a una resolución de infracción –art. 45 LOPD- mientras que en un fichero privado produce elevadas sanciones económicas –art. 46 LOPD-. Este régimen jurídico específico para los ficheros públicos –también presente en el modo de declaración de ficheros- no es algo arbitrario sino que es consecuencia especialmente del sujeto que desarrolla la actividad, que es una Administración Pública que lleva a cabo un tratamiento de datos personales para desarrollar una actividad encaminada a satisfacer el interés general, que, en muchas ocasiones es la vertiente prestacional de muchos derechos fundamentales y que, por tanto, dispone de un conjunto de prerrogativas administrativas.

1. Las sociedades mercantiles públicas y los entes públicos que recurren al Derecho privado

La LOPD no define claramente a qué entidades debe aplicárseles el régimen jurídico de los ficheros públicos y de los ficheros privados. Esta determinación debe obtenerse, no obstante, de las previsiones que se encuentran en la LOPD, que habla en el Título IV de “Ficheros de titularidad pública” y de “Ficheros de titularidad privada”, por lo que la aplicación de un concreto régimen jurídico depende de la “titularidad”, es decir, del tipo de entidad –pública o privada- que sea responsable del fichero. Así, la excepción del consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos se produce “cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias” –art. 6.2 LOPD-. La comunicación de datos no requerirá el consentimiento del interesado cuando la cesión “se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos” –art. 11.e) LOPD-. Igualmente “los datos recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas” –art. 21.1 LOPD-; podrán, en todo caso, “ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración obtenga o elabore con destino a otra” –art. 21.2 LOPD-. La creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general” –art. 20 LOPD-. Cuando las infracciones sean cometidas “en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas”, el Director dictará una resolución de infracción –art. 46 LOPD-. En virtud de estos preceptos creemos que la LOPD aplica el régimen jurídico de los ficheros públicos a los siguientes conceptos: «funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias» –art. 6 LOPD-, «las Administraciones Públicas» –art. 20 LOPD-, «Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones» y «para el ejercicio de competencias» –art. 21 LOPD- y a las Administraciones Públicas –art. 46 LOPD-. Por tanto, podemos extraer la conclusión de que para que se aplique el régimen jurídico de ficheros públicos hace falta que sea un tratamiento de datos personales del que sea responsable una Administración pública que, lógicamente, de-

sarrollará una actividad propia –administrativa- en el ámbito de sus competencias –para el desempeño de sus atribuciones-².

Si bien la distribución competencial entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas no es deudora y, por tanto, es independiente de la calificación como público o como privado de un fichero –bastaría que una reforma estatutaria atribuya a una Agencia Autónoma el control de ficheros privados-, el hecho de que hasta ahora la delimitación efectuada por la LOPD en el art. 41 LOPD atribuyera a las Agencias Autonómicas competencias en relación ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local, aconseja tener en cuenta la interpretación dada por la legislación autonómica a este precepto. Pues bien, la principal línea divisoria –aunque con muchos matices que hemos abordado en otra ocasión, especialmente en el caso de la Ley Catalana 5/2002 y después de las reformas estatutarias³- entre el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos y de las Agencias Autonómicas que han establecido los legisladores autonómicos –especialmente el del País Vasco y el de la Comunidad de Madrid- es la distinción entre lo público y lo privado. La Ley de la Comunidad de Madrid 8/2001, de 13 de julio, establece que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid incluye dentro de su ámbito competencial a las Entidades de Derecho Público y demás Entes públicos integrantes de su Administración Pública, exceptuándose las sociedades mercantiles” que formen parte de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid -art. 2.1-. La Ley Vasca 2/2004, de 25 de febrero incluye dentro de su ámbito competencial los ficheros creados

² Esta es una reflexión que hemos hecho ya en la “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 35-41.

³ Cfr. más ampliamente A. TRONCOSO REIGADA, “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales a la luz de las reformas estatutarias”, en *Estudios sobre Comunidades Autónomas y protección de datos personales*, Civitas-APDCM, Madrid, 2006. No obstante, no existe identidad entre la determinación del régimen jurídico de los ficheros –si es un fichero público o privado- y la delimitación de las competencias entre las Agencias de Protección de Datos ya que lo primero depende de lo que establezcan los preceptos ya señalados de la LOPD; lo segundo del juego entre el art. 41 LOPD y la legislación autonómica, y los Estatutos de Autonomía. Además, el art. 41 LOPD permite atribuir a las Agencias Autonómicas competencias sobre los “ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial”. La consideración de que la Administración Pública, cuando acude a formas privadas de personificación, no deja de pertenecer a su Administración Institucional –serían ficheros de sus Comunidades Autónomas- permitiría que la legislación autonómica hubiera atribuido a sus Agencias el control de los ficheros de sociedades mercantiles públicas, aunque su régimen fuera el de los ficheros privados. Así, el art. 41 LOPD, al hablar de ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, está hablando de ficheros de la Administración Autónoma pero no necesariamente de ficheros públicos. Por tanto, el ámbito del art. 41 LOPD no coincidiría exactamente con el referido a los ficheros de titularidad pública.

o gestionados por los Entes públicos para el ejercicio de potestades de derecho público –art. 2.a)-. Además, las leyes autonómicas no sólo han considerado que Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que por la naturaleza de su actividad y en virtud de ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado son competencia de las Agencias Autonómicas sino que han interpretado que estos ficheros son ficheros públicos y no privados. Así, la Ley 8/2001, de 13 de julio no prevé sanciones económicas para las infracciones. Además, los preceptos autonómicos que regulan los ficheros sólo prevén que los Entes Públicos –aunque desarrollen su actividad en régimen de Derecho privado- creen sus ficheros a través disposiciones de carácter general, correspondiéndoles la iniciativa a su Consejo de Administración –arts. 4.5 de la Ley 8/2001, de 13 de julio-. De esta forma, las Leyes Autonómicas han considerado los ficheros de los Entes públicos que recurren al Derecho privado como públicos, lo que ha hecho que hasta ahora las Agencias Autonómicas les hayan aplicado el régimen jurídico de los ficheros públicos. Así, en la práctica administrativa de las Agencias, la utilización de una forma jurídica privada –la de sociedad mercantil– implicaría que estamos ante una entidad privada y se le aplicaría el régimen jurídico de los ficheros privados mientras que la elección de una forma jurídica pública –la de Ente Público–, aunque recurra al Derecho privado, daría lugar a ficheros públicos⁴. Por tanto, se puede decir que para los legisladores autonómicos la elección de la forma jurídica de personificación es importante en relación con el carácter o no de Administración Pública y, por tanto, con el régimen jurídico de los ficheros.

A nuestro juicio, lo más razonable es atribuir el carácter de ficheros públicos a aquellos cuyos responsables tengan una forma jurídica pública de personificación. Así, tendrían el carácter de ficheros públicos aquellos de los que sean responsables los Entes públicos, aunque recurran al derecho privado en el ejercicio de su actividad. En cambio, deben tener el carecer de ficheros privados los tratamientos de datos personales que llevan a cabo sociedades mercantiles de participación pública mayoritaria o de control, que lógicamente, se rigen por el régimen jurídico de los ficheros privados. Así, los ficheros de las sociedades mercantiles con participación pública no serían ficheros de titularidad pública –el titular no sería una Administración Pública- sino de un particular, por mucho que detrás de ese particular esté la Administración que controla la

⁴ Hasta ahora las Agencias no han aplicado el régimen jurídico de los ficheros privados a los Entes Públicos que desarrollan su actividad en régimen jurídico privado.

sociedad⁵. Estas empresas públicas con forma de sociedad mercantil⁶ se rigen por el Derecho mercantil, civil y laboral. Se trata de entidades de Derecho privado que actúan en régimen jurídico de Derecho Privado y que en ningún supuesto le es de aplicación el Derecho Público. Consideramos que las sociedades mercantiles públicas, al desarrollar toda su actividad en régimen de Derecho privado, deben tener ficheros privados. No tiene mucho sentido que estas sociedades mercantiles que no utilizan para nada el Derecho Administrativo creen sus ficheros para el desarrollo de su actividad empresarial a través de un procedimiento administrativo que implica la aprobación de una disposición de carácter general. Tampoco parece razonable que sociedades mercantiles puedan tratar datos personales sin consentimiento de los interesados ya que no es compatible abandonar el Derecho Administrativo y recurrir al Derecho Privado para desarrollar una actividad y al mismo tiempo querer utilizar unas prerrogativas más propias del Derecho Público⁷. No olvidemos que estas entidades actúan en competencia con otros particulares por lo que es razonable que les sea de aplicación el mismo régimen jurídico de protección de datos personales⁸.

⁵ Así, el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria incluye a las sociedades mercantiles estatales como parte del sector público estatal. Lógicamente la Ley de Contratos del Sector Público incluye a estas sociedades mercantiles públicas ya que esta Ley trata de establecer controles sobre el uso del dinero público.

⁶ La legislación de la Comunidad de Madrid las califica como Empresas Públicas con forma de sociedad mercantil. Entre éstas estarían, entre otras, el Campus de la Justicia, Metro de Madrid S. A., Arrendamientos y Promociones de la C.M –ARPROMA-, Mercado Puerta de Toledo. S.A., Madrid Excelente S.A., Turmadrid S.A. y Arpegio –Áreas de Promoción Empresarial S.A.-. Cfr. más ampliamente el análisis que hacemos de estas empresas públicas con forma de sociedad mercantil en A. TRONCOSO REIGADA, “La Administración Institucional de la Comunidad de Madrid”, págs. 736-744 y 768-774.

⁷ Quisiera señalar expresamente que una primera versión de este estudio relativo a los Entes públicos que actúan en régimen de Derecho privado y a las sociedades mercantiles públicas se ha realizado para analizar la distribución competencial en esta materia y se encuentra publicado A. TRONCOSO REIGADA, “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales a la luz de las reformas estatutarias”, cit. págs. 90-102 y ha sido aplicado al ámbito sanitario en “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, cit. págs. 38-41.

⁸ Es interesante, a estos efectos el Informe 287/2006, de la Agencia Española –accesible en su web-, donde se afirma que el régimen de los ficheros de titularidad pública o de titularidad privada depende de la naturaleza jurídico-pública o jurídico privada del responsable, excluyendo que las sociedades mercantiles públicas tengan ficheros públicos –si bien, a nuestro juicio, comete el error de exigir a los supuestos donde no esté presente una Administración territorial que el fichero haya sido creado para el ejercicio de potestades de derecho público, lo que coincide con el primer borrador del Reglamento de desarrollo de la LOPD elaborado por la Agencia Española pero que fue modificado en su redacción finalmente aprobada-: “En relación con los ficheros que contengan datos de carácter personal, si bien la Ley Orgánica 15/1999 delimita en su articulado el régimen de los ficheros de titularidad pública y privada, no establece un concepto de los mismos. Por esta razón, la delimitación deberá fundarse en los criterios que determinan la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada del responsable del fichero. Esta conclusión se alcanza atendiendo a las

En todo caso, hay que reconocer que resulta más problemática la determinación del tipo de ficheros –públicos o privados- que corresponde a los Entes Públicos que desarrollan su actividad en régimen de Derecho Privado. Hay que distinguir los Entes públicos que desarrollan su actividad en régimen de Derecho Administrativo⁹ de aquellos otros Entes públicos que desarrollan su actividad en régimen de Derecho privado¹⁰. Estos Entes, si bien actúan en régimen de Derecho Privado, se rigen también por su Ley de creación, que frecuentemente establecen excepciones en relación con su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero para ajustarlo a la legislación pública. Así, la propia Ley 30/1992, de 26 de diciembre señala que los Entes de Derecho Público se registrarán por esta Ley cuando ejerzan potestades administrativas y para la formación de la voluntad de sus órganos –art. 2-. También les es de aplicación la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –art. 2-, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que define el sector público estatal –art. 2-.

Hemos valorado también la posibilidad de considerar que si un Ente público acude al Derecho privado para el desarrollo de su actividad, lo

peculiaridades establecidas para el régimen de los ficheros de titularidad pública, toda vez que los mismos únicamente podrían ser constituidos en caso de que se desarrollen como consecuencia del ejercicio de una competencia administrativa, tal y como se desprende del artículo 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, que permite la cesión entre Administraciones Públicas cuando la misma se funde en el ejercicio de unas mismas competencias. En este mismo sentido, el artículo 20 de la Ley exige que los ficheros se encuentren sometidos a la tutela de una Administración con potestad para dictar la correspondiente Disposición de carácter general de creación del fichero. Por tanto, considera esta Agencia Española de Protección de Datos que la delimitación del régimen aplicable a los ficheros de titularidad pública y privada deberá fundarse en la naturaleza de Administración Pública territorial de la responsable del tratamiento y, en los restantes supuestos, en el hecho de que el fichero haya sido creado con la finalidad de garantizar el ejercicio de potestades de derecho público. En el supuesto planteado en la consulta, la entidad consultante tiene naturaleza mercantil, pudiendo concluirse que las entidades mercantiles de cuyas acciones sea titular una Administración Pública habrán de considerarse excluidas del concepto de Administración Pública a efectos de la aplicación de las normas de derecho administrativo, por lo que sus ficheros deberán considerarse, a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999 como de titularidad privada”.

⁹ Dentro de esta tipología de Entes Públicos habría que destacar en la Comunidad de Madrid el Ente Público Radio Televisión Madrid, la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, el Servicio Madrileño de Salud, la Agencia de la Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la propia Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

¹⁰ La legislación de la Comunidad de Madrid las califica como Empresas públicas con forma de Entidad de Derecho Público. Entre éstas estarían el Canal de Isabel II, el Instituto de Salud Pública de la Comunidad de Madrid, la Agencia de Formación, Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid, el Instituto Madrileño de Desarrollo, MINTRA –Madrid Infraestructuras del Transporte-, la Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid y los nuevos hospitales, como el Hospital de Fuenlabrada.

hace a todos los efectos, también para el ámbito de la protección de datos. Así, desde este planteamiento, si un Ente público desarrolla su actividad en régimen de Derecho privado y no en régimen de Derecho administrativo, también sus tratamientos de datos personales para el desarrollo de esa actividad deben seguir un régimen jurídico de Derecho privado –ficheros privados- y no de Derecho administrativo –ficheros públicos-. Si un Ente Público renuncia a las prerrogativas de la Administración que se materializan en el Derecho Administrativo para llevar a cabo una actividad en régimen de Derecho privado como si fuera un particular, también renuncia a estas prerrogativas en cuanto al régimen jurídico de los ficheros. No tiene mucho sentido que la actividad se desarrolle en régimen de Derecho privado y los ficheros de datos personales que dan soporte a la actividad se encuentren en régimen jurídico de Derecho Público. En esta dirección, hay que señalar que la primera versión elaborada por la Agencia Española del proyecto de Reglamento de la LOPD sólo consideraba como ficheros públicos “[l]os ficheros de los que sean responsables [...] las Administraciones Públicas Territoriales, las entidades u organismos dependientes de las mismas con personalidad jurídica pública y sometidas al derecho administrativo”. Como hemos visto, los Entes Públicos que desarrollan su actividad en régimen de Derecho Privado también acuden frecuentemente al Derecho Administrativo y ejercen potestades públicas –por eso tiene la forma de Ente Público y no la de sociedad mercantil- por lo que para estos supuestos deberían mantener el régimen jurídico de los ficheros públicos. En virtud de este criterio no sería suficiente el tipo de sujeto –Administración Pública- para aplicar el régimen jurídico de los ficheros públicos. Es el recurso al Derecho Administrativo o al Derecho Privado lo que justificaría la aplicación del régimen jurídico de los ficheros públicos o de los ficheros privados. Por tanto, un Ente Público que desarrolla su actividad en régimen de Derecho Privado tendría tanto ficheros públicos como ficheros privados, una situación semejante a la de las Corporaciones de Derecho Público¹¹.

¹¹ Como hemos señalado anteriormente, cuando se elaboraron las Leyes Autonómicas se consideró que la expresión “ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas o por la Administración” del art. 41 LOPD se refería a los ficheros públicos, por lo que las Agencias Autonómicas sólo podían tener competencias sobre este tipo de ficheros. Así, se redactó la Ley 8/2001, de 13 de julio, de la Comunidad de Madrid siguiendo el Informe elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos, de 6 de septiembre de 2000, que consideraba como públicos todos los ficheros de los Entes Públicos –también de aquellos que recurren al Derecho privado-, se excluía a las sociedades mercantiles y aplicaba el criterio de las potestades de derecho público a la única realidad mixta o bifronte, que son las Corporaciones de Derecho Público.

Con posterioridad –es decir, después de la aprobación de las Leyes autonómicas-, la Agencia Española decidió aplicar el criterio de las potestades de derecho público para determinar si estamos en presencia o

Sin embargo, la posibilidad que nos parece más acertada es entender que los Entes Públicos, como formas jurídicas públicas de personificación, son en puridad una Administración Pública¹². Así, el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que “[l]as Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán la consideración de Administración Pública”¹³. Igualmente, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señala en su art. 1.2 que [s]e entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales. Por tanto, sus ficheros serían de *titularidad* pública –art. 20 LOPD-. Este mismo artículo señala que “[l]a creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial correspondiente”¹⁴. Por tanto, los ficheros de titularidad pública son aquellos que han sido creados por una Administración Pública a través de una disposición de carácter general en virtud de una finalidad legítima, que coincide con una competencia administrativa que

no de ficheros públicos –Informe 66/2003 accesible en su web-, posiblemente por un intento de recuperación de competencias, esfuerzo –lógicamente- inútil ya que las competencias de las Agencias Autonómicas provienen de las leyes autonómicas ya aprobadas en el marco del art. 41 LOPD o de los Estatutos de Autonomía. Salvo que se pretenda considerar que la legislación autonómica se sale del marco del art. 41 LOPD y, por tanto, es inconstitucional –a pesar de que seguir los proyectos de ley rigurosamente los Informes de la Agencia Española- al considerar que los ficheros de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local son sólo los ficheros públicos y estos ficheros públicos son únicamente los ficheros que sirven para el ejercicio de potestades de derecho público, lo que implicaría que gran parte de los ficheros de la Administración Institucional de las CCAA no serían “ficheros de las Comunidades Autónomas”, un planteamiento que no parece razonable. La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio, de 2008, señala que “la norma autonómica con siete años de vigencia no ha sido impugnada por invadir competencias estatales y la propia Agencia Española de Protección de Datos en sus actuaciones precedentes ha venido admitiendo la competencia sobre este tipo de ficheros de la Agencia de la Comunidad de Madrid”.

¹² Cfr A. TRONCOSO, *Privatización, Empresa pública y Constitución*, cit, págs. 139-146.

¹³ El art. 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP) –si bien se refiere al ámbito de aplicación de la LRJAP-, entiende por Administración Pública: “*la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas; las Entidades que integran la Administración Local; y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*”. No puede afirmarse, a nuestro juicio, que los Entes de Derecho Público son sólo Administración Pública cuando ejerzan potestades de derecho público. Esto implicaría afirmar que son, como las Corporaciones de Derecho Público, una realidad bifronte pero éstas últimas lo son por expresa previsión del legislador. Otra cosa distinta es que los Entes Públicos estén sometidos únicamente a la Ley 30/1992 cuando ejerzan potestades de derecho público.

¹⁴ Así, la Ley de la Comunidad de Madrid ha previsto la creación de ficheros de todos sus Entes Públicos a través de una disposición de carácter general –art. 5-.

estaría dentro de su reserva de Administración¹⁵. Las notas definitorias de los ficheros públicos serían que el responsable sea una Administración Pública y que el fichero se cree para desarrollar una competencia administrativa. Los ficheros de los Entes públicos serían ficheros públicos ya que son Administraciones Públicas que desarrollan una competencia administrativa. Bastaría con que un responsable de un fichero sea una entidad de derecho público para que se le deba aplicar como regla general el régimen jurídico de los ficheros públicos. En ningún momento la LOPD exige para que pueda aplicarse el régimen jurídico de los ficheros públicos la utilización en todas las actividades del ejercicio de potestades de Derecho Público. No existe un correctivo funcional -el ejercicio de potestades públicas- para determinar si a los ficheros de la Administración Pública se les debe de aplicar el régimen jurídico de los ficheros públicos. De hecho, como hemos señalado antes, la Ley de la Comunidad de Madrid, que fue redactada siguiendo el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de 6 de septiembre de 2000 sobre el Anteproyecto¹⁶, sólo exige el ejercicio de potestades de derecho público a las Corporaciones de Derecho Público, pero no a las instituciones de la Comunidad ni a sus órganos, ni a sus organismos ni a sus entidades de derecho público ni a los entes que integran su Administración Pública –art. 2.1-. La exigencia del ejercicio de potestades de derecho público para la consideración de ficheros públicos se refiere únicamente a las Corporaciones de Derecho Público, pues su naturaleza pública o privada depende de la tipología de su actividad. Estamos hablando de un titular que es, al mismo tiempo, una Administración Pública y una asociación de particulares y cuyos actos son revisados tanto por la jurisdicción contencioso-administrativa como por la jurisdicción civil. De esta forma, la única Administración Pública que claramente puede tener al mismo tiempo ficheros públicos y ficheros privados sería la Administración Corporativa, por no ser, en el fondo sólo una Administración Pública, sino una realidad mixta o bifronte tanto de Administración Pública como de asociación de particulares. En cambio los tratamientos de datos personales de las Administraciones Públicas –también de los Entes Públicos- siempre tienen la consideración de ficheros públicos en virtud

¹⁵ Sobre el concepto alemán de reserva de Administración –*Verwaltungsvorbehalt*-, cfr. H. DREIER, “Zur ‘Eigständigkeit der Verwaltung’”, *Die Verwaltung*, núm. 25-2, 1992, págs. 137-156; L. LÓPEZ GUERRA, “Funciones del Gobierno y dirección política”, *DA*, núm. 215, 1988, págs. 15-16. Cfr. también A. TRONCOSO, *Privatización*, cit. págs. 131-135.

¹⁶ De este Informe se deducía que si las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria eran titulares de ficheros privados, los Entes públicos que desarrollan su actividad en régimen jurídico privado son titulares de ficheros públicos.

del artículo 20 LOPD, a pesar de que en muchas ocasiones no ejerzan potestades de derecho público y recurran al derecho privado. No se trata tanto de cuál es el tipo de actividad sino de quién es el titular del fichero porque dependiendo de quién sea el titular se le aplicará un régimen jurídico u otro. No habrá tanto un régimen jurídico por cada fichero sino un régimen jurídico que le es de aplicación para el titular de los mismos –salvo en el caso de los Colegios Profesionales-. De esa forma, se optaría por la prevalencia del sujeto a la hora de determinar el régimen jurídico de los ficheros¹⁷.

Hemos señalado antes que no tenía sentido que las sociedades mercantiles que no utilizan para nada el Derecho Administrativo sino el Derecho Privado creen sus ficheros para el desarrollo de su actividad empresarial a través de una disposición de carácter general o pretendan tratar datos sin consentimiento de los interesados. Esto no es completamente trasladable a los Entes Públicos que, aunque desarrollan su actividad en régimen de Derecho Privado, recurren también al Derecho Administrativo cuando ejercen potestades de Derecho Público y se encuentran sometidos a la Ley de Contratos y a la Ley de Patrimonio. Los Entes Públicos se rigen por el Derecho Administrativo para la formación de la voluntad de sus órganos cuyas resoluciones agotan la vía administrativa. Tiene sentido que la decisión de estos órganos de iniciar un tratamiento de datos personales se haga mediante una disposición de carácter general en el marco de un procedimiento administrativo. También es razonable que las infracciones a la LOPD sean consideradas infracciones de Administraciones Públicas y no de particulares y que fuera posible las cesiones entre Administraciones Públicas y Entes públicos como cesiones de Administraciones Públicas. El criterio que exige para que sea de aplicación el régimen de los ficheros públicos no sólo que se trate de una Administración Pública, un Ente de Derecho público, sino que también utilice en

¹⁷ Así, la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 23 de julio de 2008, ha resaltado la inaplicabilidad del criterio del recurso al Derecho administrativo o el ejercicio de potestades de Derecho público para la delimitación del régimen jurídico de los ficheros públicos, considerando que “el art. 20 LOPD *no hace referencia alguna al ejercicio de potestades administrativas para delimitar entre ficheros públicos y privados*”. Además, esta Sentencia, citando la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de febrero de 2008, señala que “... las Corporaciones que integran la Administración Corporativa, a la que pertenecen los Colegios Profesionales, son sustancialmente distintas de las entidades que se integran en la Administración Institucional ya que no persiguen de manera necesaria una finalidad pública o administrativa como sí ocurre con las entidades que conforman esta Administración Institucional cuya personificación jurídico privada, en el que caso de que la tengan, es meramente instrumental para la satisfacción de un interés público. Así, mientras que en una Corporación profesional sólo el ejercicio de potestades públicas, expresamente atribuidas por una norma, permite considerarlas como Administración Pública no ocurre lo mismo con las entidades integradas en la denominada Administración Institucional”.

su actividad el Derecho administrativo y no el derecho privado, haría que algunas Administraciones Públicas –la propia Agencia Española-, que recurren en ocasiones también al Derecho Privado, tuvieran al mismo tiempo ficheros públicos y ficheros privados. Entender que a los Entes públicos que desarrollan su actividad en régimen de Derecho privado les sea de aplicación el régimen jurídico de los ficheros de titularidad privada cuando actúen dentro del Derecho Civil y Mercantil y el régimen de los ficheros de titularidad pública cuando recurran al Derecho Administrativo representa una complejidad añadida que obligaría a determinar en cada supuesto –tanto por el ciudadano como por la autoridad de control- no sólo el tipo de sujeto sino el régimen jurídico de la actividad para determinar el régimen jurídico público o privado de los ficheros.

Los Entes Públicos que ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado no dejan de ser personas jurídicas públicas –Administraciones Públicas- que también recurren al Derecho Público y que ejercen puntualmente distintas potestades administrativas –por eso son Entes Públicos, no sociedades mercantiles-, configurándose sus órganos de gobierno en virtud del Derecho Administrativo por lo que sus ficheros deben ser considerados públicos. No creo que sea bueno intentar diferenciar dentro de los Entes Públicos entre ficheros públicos y privados según el régimen jurídico de la actividad –no siempre es fácil hacer esta diferenciación teniendo en cuenta que muchos ficheros son instrumentales de varias actividades- y en ningún caso sería adecuado trasladar esta diferenciación de régimen jurídico a la delimitación competencial entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas¹⁸. No creo que se pueda pedir a un ciudadano –y a veces al responsable- que tenga que estar al régimen jurídico de la actividad para determinar el régimen jurídico de los ficheros. Se dirá que esto ya ocurre en las Corporaciones de Derecho Público pero éstas no son un sujeto público; son, al mismo tiempo, Administración Pública y asociación de particulares.

Recientemente, el texto definitivo del Reglamento de desarrollo de la LOPD define los ficheros de titularidad pública “los ficheros de los que sean responsables los Órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las Instituciones Autonómicas con funcio-

¹⁸ Como hemos señalado anteriormente, la determinación del régimen jurídico de los ficheros –público o privado- de los Entes Públicos no afecta al ámbito competencial de las Agencias que se encuentra definido por Ley –LOPD o Ley autonómica- o por los Estatutos de Autonomía. Así, si se mantuviera que los Entes Públicos que recurren al Derecho Privado tienen tanto ficheros públicos como ficheros privados, sería bueno mantener una sola autoridad de control competente que aplicara el régimen jurídico correspondiente.

nes análogas a las mismas, las Administraciones Públicas Territoriales, así como las entidades u organismos vinculados o dependientes de las mismas y las Corporaciones de derecho público siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público” –art. 5.1.m)–. Este es un precepto que no se encuentra bien redactado y admite interpretaciones erróneas¹⁹. Así, se podría interpretar que las entidades u organismos vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas sólo son titulares de ficheros públicos cuando ejerzan potestades de derecho público. Sin embargo, una interpretación léxica más correcta²⁰ permite afirmar que el ejercicio de potestades de Derecho público se aplica a las Corporaciones de Derecho público y no a los organismos o entidades vinculadas a las Administraciones públicas territoriales a los que no se les exige el recurso al Derecho administrativo. De esta forma, tienen el carácter de públicos todos los ficheros de entes públicos que recurren al Derecho privado²¹. En cambio, son ficheros de titularidad privada “los ficheros de los que sean responsables las empresas o entidades de derecho privado, con independencia de quien ostente la titularidad de su capital o de la procedencia de sus recursos económicos” –art. 5.1.l)–, lo que incluiría las sociedades mercantiles de participación pública mayoritaria o de control.

Por tanto, todos los ficheros de los que sean titulares las Administraciones Públicas tienen el carácter de ficheros públicos. La calificación

¹⁹ La redacción no ha sido afortunada y podía haber sido más clara. Así, puede amparar una posición más amplia al no exigir para tener el carácter de fichero público que se trate de una persona jurídica pública, al hablar de entidades u organismos vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas territoriales, lo que podría incluir dentro de la categoría de ficheros públicos aquellos de los que son responsables sociedades mercantiles públicas que son entidades privadas instrumentales de la Administración territorial.

²⁰ Se trata de dos oraciones copulativas, pero la segunda de ellas va seguida de una oración subordinada condicional que expresa una condición que se ha de cumplir obligatoriamente en la oración que le precede para que sea cierto lo dicho en la oración anterior” (las Corporaciones de Derecho Público).

²¹ El Reglamento se ha apartado del borrador elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos que consideraba como ficheros públicos sólo los pertenecientes a entes públicos sometidos al derecho administrativo, lo que excluía los entes públicos que recurren al derecho privado. Se ha seguido en este punto la redacción propuesta por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Como hemos señalado anteriormente, la delimitación entre el carácter público o privado de un fichero no tiene porque coincidir exactamente con el ámbito competencial de las Agencias Autonómicas de Protección de Datos. Por tanto, aunque el proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD hubiera considerado como ficheros públicos los de los Entes de Derecho Público que ajustan su actividad al Derecho administrativo –y *sensu contrario*, considera como ficheros privados los de las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que desarrollan su actividad en el ordenamiento jurídico privado-, esto no afectaría al ámbito competencial de la Agencias Autonómicas de Protección de Datos, y en concreto a la Agencia de la Comunidad de Madrid que se encuentra establecido en virtud de la Ley 8/2001, de 13 de julio, a partir de la forma jurídica pública de personificación y siempre dentro del marco del art. 41 LOPD.

como públicos de los tratamientos de datos personales se deduce de la consideración de Administración Pública de su responsable, aunque no todos sus actos estén sometidos al Derecho Administrativo y sean ejercicio de potestades de Derecho Público. Como hemos señalado anteriormente, la única dualidad se produce en los tratamientos de datos de los Colegios Profesionales, que pueden ser públicos o privados dependiendo de si las funciones que justifican la creación del fichero suponen el ejercicio de potestades de Derecho público o son funciones privadas de estos Colegios como asociaciones de particulares. Esto es consecuencia de que las Corporaciones de Derecho Público no son siempre Administración Pública sino que tienen un carácter mixto o bifronte -son a la vez Administración Pública que desempeña funciones administrativas a través de ficheros públicos y asociación de particulares que desarrollan funciones privadas a través de ficheros privados-. No es que una Administración Pública puede tener a la vez ficheros públicos o privados dependiendo de que ejerza o no potestades de Derecho Público o recurra al Derecho Privado. Todos los ficheros de las Administraciones Públicas son ficheros públicos, empleándose el análisis del ejercicio de potestades de Derecho público en el caso de las Corporaciones de Derecho Público a efectos de delimitar si actúa como Administración o como asociación de particulares²².

Corresponde a la Administración la definición de la forma y del régimen jurídico de los servicios públicos pero esta definición tiene una incidencia especial en la protección de datos personales. Así, la decisión que adopte la Administración en relación con la forma jurídica de los organismos y, en concreto, el recurso a la forma jurídica privada de personificación tiene consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros, ya que daría lugar a ficheros privados. No lo tiene, en cambio, el hecho de que un Ente Público recurra al Derecho Privado para el desarrollo de su actividad, porque los titulares de los ficheros son Entes Públicos -formas jurídicas públicas de personificación- cuyos órganos adoptan acuerdos en régimen de Derecho Administrativo y ejercen distintas potestades administrativas, lo que justifica que sus ficheros sigan el régimen de los ficheros públicos. La utilización del derecho privado en la actividad no debe ser elemento constitutivo del carácter público o privado del responsable. Está claro que un Ente público no es un responsable privado de datos personales. La LOPD en los preceptos antes señalados en ningún

²² Cfr. más ampliamente nuestra "Introducción y Presentación" a *Protección de datos personales para Corporaciones de Derecho Público*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 17-34.

momento exige el recurso al derecho administrativo o el ejercicio de potestades de derecho público para considerar un fichero como público

Hemos analizado en otra ocasión el régimen jurídico de los ficheros de los Colegios Profesionales y de las Universidades. Inicialmente el borrador de Reglamento de desarrollo de la LOPD definía como ficheros de titularidad pública a los ficheros de “las Universidades Públicas”²³, aunque esta mención no se encuentra en el texto definitivamente aprobado, si bien ha de entenderse que todos los ficheros de las Universidades Públicas, cualquiera que sea el régimen jurídico de su actividad, tienen el carácter de ficheros públicos ya que se trata de entidades públicas –que tienen forma jurídica pública de personificación- vinculadas a las Administraciones públicas territoriales. El Reglamento de desarrollo de la LOPD sí ha mencionado como ficheros de titularidad pública los ficheros de los que sean responsables “las Corporaciones de Derecho Público siempre que su finalidad sea el ejercicio de potestades de derecho público –art. 5.1.m- y como ficheros de titularidad privada los ficheros de los que sean responsables las Corporaciones de Derecho Público “en cuanto dichos ficheros no se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de potestades de Derecho Público que a las mismas atribuye su normativa específica” –art. 5.1.l)-. Igualmente, la legislación de las Comunidades Autónomas, si bien tienen como finalidad la concreción del ámbito competencial de la Agencia Autonómica, interpreta como ficheros públicos los ficheros de las Corporaciones de derecho público representativas de intereses económico y profesionales [...], en éste último caso siempre y cuando dichos ficheros sean creados o gestionados para el ejercicio de potestades de derecho público” –art. 2.2 de la Ley 8/2001, de 13 de julio-²⁴.

2. Las fundaciones creadas por las Administraciones públicas. Especial referencia al ámbito sanitario

Más complejo es el análisis del régimen jurídico de los ficheros cuando la Administración recurre a la forma jurídica de fundación. Las fundaciones creadas por las Administraciones son personas jurídicas privadas

²³ Las Universidades Públicas no se encontraban recogidas en los primeros borradores del Proyecto. La APDCM recomendó siempre incluir en la definición de ficheros públicos una mención específica a las Universidades Públicas por ser Administraciones Públicas con una enorme relevancia social.

²⁴ El régimen jurídico de los ficheros de las Corporaciones de Derecho Público ha sido analizado en otro momento. Cfr. más ampliamente nuestra “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales para Corporaciones de Derecho Público*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 17-34.

por lo que sus ficheros tienen el carácter de ficheros privados²⁵. Además, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones regula la creación de fundaciones por el sector público –art. 44- cuando se constituyan con una aportación mayoritaria directa o indirecta de la Administración. Estas fundaciones ajustan su actividad contractual al Derecho civil y mercantil y sus relaciones de personal al Derecho laboral. Esta Ley establece expresamente que las fundaciones constituidas por una Administración no ejercen potestades de derecho público –art. 46.1.a)-. Sin embargo, presenta una especial complejidad la figura de las fundaciones existentes en el ámbito sanitario²⁶. Las fundaciones públicas sanitarias actúan en régimen de derecho administrativo mientras que las fundaciones sanitarias del sector público recurren al Derecho privado²⁷. En todo caso, tanto la

²⁵ Esto ocurriría, por ejemplo, con las Fundaciones Universidad-Empresa, que son personas jurídico-privadas y, por tanto, titulares de ficheros privados.

²⁶ Esta es una cuestión bastante compleja. Como es sabido, el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud, estableció que la administración de los centros del Insalud pudiera llevarse a cabo mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica. Aparece así la figura de las fundaciones en el ámbito sanitario público. Sin embargo, la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que convalidó el Real Decreto-Ley, modificó la redacción estableciendo el apartado 1 de su artículo único, que en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria, podrá llevarse a cabo directa o indirectamente, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. Por tanto, se establece que la gestión de estos centros se hará a través de entidades de naturaleza o titularidad pública y preservando siempre la condición de servicio público, lo que es de aplicación a las fundaciones sanitarias en el sector público. Con posterioridad, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social establece la figura de las Fundaciones Públicas Sanitarias como organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud –art. 111.2-. El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, y del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sobre Fundaciones Públicas Sanitarias. Este Real Decreto regula las nuevas formas de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios en el Insalud, estableciendo que podrán llevarse a cabo a través de Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, (regula las fundaciones privadas y ha sido modificada en parte por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones), Consorcios, Sociedades estatales y Fundaciones públicas sanitarias de las reguladas en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público. Cfr. M. VAQUER, “Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: las enseñanzas de una experiencia truncada”, en L. PAREJO, F. LOBO y M. VAQUER (coord.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, págs. 217-238. Un primer análisis de las fundaciones en el ámbito sanitario centrado en las consecuencias para la distribución competencial se encuentra en A. TRONCOSO, “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales a la luz de las reformas estatutarias”, *loc. cit.* págs. 99-102.

²⁷ Las Fundaciones Públicas Sanitarias se rigen por la legislación de contratos de las Administraciones públicas y su personal tendrá vinculación de carácter estatutario. Los actos de las fundaciones sanitarias

normativa administrativa autonómica²⁸ como los Tribunales han afirmado que las fundaciones que prestan el servicio público sanitario tienen el carácter de entidades de naturaleza o de titularidad pública²⁹, estando

del sector público no son recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, ni gozan de la ejecutividad de los actos de la Administración Pública.

²⁸ La normativa de la Comunidad de Madrid considera a la Fundación Hospital Alcorcón un Ente público. La transferencia a la Comunidad de Madrid de personal, servicios y medios materiales procedentes del extinto INSALUD (Real Decreto 1479/2001) obligó a modificar la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Consumo. Así, el art. 3.2 del Decreto 10/2004 señalaba: “2. La Administración Institucional adscrita a la Consejería de Sanidad y Consumo estará integrada por los siguientes *Entes Públicos y Organismos Autónomos*: Servicio Madrileño de Salud. *Instituto Madrileño de la Salud*; Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid; Agencia de Formación, Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid; Instituto de Salud Pública de la Comunidad de Madrid; Instituto Regional de Arbitraje de Consumo. Empresa Pública Hospital de Fuenlabrada; *Ente Público Fundación Hospital de Alcorcón*. Con posterioridad, el Decreto 100/2005, de 29 septiembre, que deroga el anterior, establece en la actualidad la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Consumo, señalando en su Disposición Adicional Primera: “1. La Administración Institucional adscrita a la Consejería de Sanidad y Consumo la constituyen: el Organismo Autónomo Administrativo Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid, el Órgano de Gestión sin personalidad jurídica Instituto Regional de Arbitraje de Consumo, las empresas Públicas con forma de entidad de Derecho Público; el Instituto de Salud Pública de la Comunidad de Madrid, Agencia para la Formación, Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid «Pedro Laín Entralgo» y Hospital de Fuenlabrada. 2. Asimismo, quedan adscritos a la Consejería de Sanidad y Consumo, los siguientes *Entes Públicos*: el Servicio Madrileño de Salud; la *Fundación Hospital de Alcorcón*”.

Por tanto, la Fundación Hospital Alcorcón es calificada por la normativa administrativa de la Comunidad de Madrid como un Ente Público. Esto tiene también reflejo en la normativa presupuestaria de todos los años. Así, el art. 3 de la Ley 14/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, establece las dotaciones presupuestarias para el año 2002 de las Empresas Públicas y resto de Entes Públicos de la Comunidad de Madrid, distinguiendo entre Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público que sujetan su actividad al ordenamiento jurídico privado; Empresas Públicas con forma de Sociedad Mercantil; y el resto de Entes Públicos. *La dotación presupuestaria de la Fundación Hospital Alcorcón se encuentra englobada dentro del resto de Entes Públicos, es decir, que se configura como un Ente Público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid*. Igualmente, el art. 3.4 de la Ley 3/2006 por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2007 dice así: “*Artículo 3. De los Presupuestos de Empresas Públicas y resto de Entes Públicos* 4. Se aprueban los presupuestos de los restantes Entes Públicos en los que se incluyen las estimaciones y previsiones de gastos e ingresos, así como sus estados financieros referidos a su actividad específica, por los siguientes importes: Agencia de Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid; Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid; Tribunal de Defensa de la Competencia; Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos Instituto de Realojamiento e Integración Social; Consejo de la Juventud de la Comunidad de Madrid; *Fundación Hospital Alcorcón*”. Por tanto, la Fundación Hospital Alcorcón es un Ente Público de los regulados en el artículo 6 de la Ley 9/1990 de la Comunidad de Madrid, que dice: “*Artículo 6*: El resto de Entes del sector público de la Comunidad no incluidos en los artículos anteriores se registrará por su normativa específica. En todo caso, se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la presente Ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas.”

²⁹ Así lo indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 2007 -dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo: “Por otra parte, hay que señalar que el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, a cuyo amparo se constituyó la Fundación Hospital Alcorcón, fue sustituido por la Ley 15/1997, de 17 de junio, y es el caso que el artículo único de esta última Ley permite la gestión de los centros y establecimientos sanitarios a través de la constitución de cualquiera

entidades, pero *siempre de naturaleza o titularidad pública*, a diferencia del Real Decreto-Ley citado, que permite esa misma gestión mediante cualesquiera entidades que no exige que sean de naturaleza o titularidad pública, siendo otra de las diferencias entre las dos normas que reseñamos el que la Ley 15/1997 dispone enfáticamente que la gestión y la administración de los centros y establecimientos sanitarios se llevará a cabo *“garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”*, salvedad que no aparece en el Real Decreto-Ley 10/1996. [...] Finalmente el proceso legislativo culmina con la creación de las denominadas *“fundaciones públicas sanitarias”* por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, entidades éstas que se regulan como *organismos públicos adscritos al INSALUD*, siendo sus cometidos y funciones y los servicios públicos que prestan exactamente los mismos que los de las Fundaciones del tipo de la Fundación Hospital Alcorcón pese a lo cual el legislador opta por regularlos y sujetar su funcionamiento al derecho Público, lo que pone de relieve en primer lugar que materialmente no hay diferencia entre las fundaciones públicas sanitarias y las fundaciones constituidas anteriormente por el INSALUD, pues es este organismo el que las crea, controla y dirige y ambas clases de fundaciones prestan el mismo servicio público sanitario, y en segundo término, que el legislador opta finalmente porque *las entidades creadas al amparo de la Ley 15/1997 tengan la condición de organismos públicos...*”.

En esta misma dirección, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de enero de 2000 señalaba: “Es preciso determinar, en primer término, la naturaleza jurídica de la apelante, Fundación Hospital Alcorcón, a fin de llegar a determinar el tema primordial que se debate, sobre la alegada incompetencia de esta Jurisdicción para entender del asunto de fondo que se plantea en el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Esto sentado, la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, con objeto de dar cumplimiento al derecho fundamental a la salud consagrado en los arts. 43 y 49 de la Constitución, instaura un Sistema Sanitario Público, adoptando las medidas más idóneas para su desarrollo, de entre las cuales, y desde el punto de vista organizativo, propició la integración en su estructura, además de los centros sanitarios de gestión directa por el INSALUD, de los Servicios de Salud constituidos en cada Comunidad Autónoma, e incluso la constitución de *fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales*. El marco normativo creado precisamente a fin de habilitar estas nuevas formas de gestión del Servicio Nacional de Salud se ha ido completando y perfeccionando con el tiempo, como no podía ser menos atendida la naturaleza pública de la función a desarrollar y en base -precisamente- al poder normativo del legislador a la hora de consolidar, modificar o completar la normativa o estructura jurídica en la que se va a desarrollar un servicio público como el sanitario que, como hemos visto, debe dar satisfacción a un derecho fundamental como es el de la salud. De aquí que a un primer Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio (que permitía la aplicación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que no olvidemos regula la participación privada en actividades de interés general y el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero que, también debemos subrayar, establece el Reglamento de las Fundaciones de competencia estatal) siguiera a seguido la Ley 15/1997, de 25 de abril, en cuya exposición de motivos se afirma que «la entrada en vigor del RDley 10/1996 ha permitido al Instituto Nacional de la Salud la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales», y en su artículo único, punto 1, se establece que «en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho». Centrándonos en esta Ley, observamos que a *las iniciativas amparadas en el RDley 10/1996, que permitió al INSALUD, previa autorización del Consejo de Ministros mediante acuerdo del 22 de noviembre de 1996 publicado en el BOE de 6 de febrero de 1997, constituir la Fundación Hospital Alcorcón, el propio legislador las califica como fundaciones de naturaleza o titularidad públicas para la gestión de nuevos hospitales*. Deteniéndonos en el examen, de los Estatutos de la Fundación que nos ocupa, hemos de significar lo siguiente: que en el art. 1.1 se afirma que es de competencia estatal; que su régimen normativo vendrá dado, además, de por la Ley 30/1994 y el RD 316/1996, antes citados, por disposiciones legales de derecho administrativo (art. 3); que su objeto y finalidad (arts. 5 y 6) será la prestación de los servicios públicos sanitarios; el Protectorado (art. 8) asumido por el Ministerio de Sanidad y Consumo, recayendo su Presidencia en el Presidente Ejecutivo del INSALUD (art. 10); su patrimonio sometido en su constitución y

sometidas a una relación de tutela por la Administración territorial –que nombra al Director y que le somete a sus directrices administrativas-. Por tanto, las Fundaciones sanitarias del sector público forman parte de la Administración Institucional, son Administración instrumental, sin perjuicio de que puedan recurrir al Derecho privado en el desarrollo de su actividad.

Como hemos señalado anteriormente, es necesario tener en cuenta la naturaleza del responsable –si es una entidad pública o privada- para determinar el régimen público o privado de los ficheros de estas fundaciones. Según el criterio antes expuesto, el régimen jurídico sería el de los ficheros privados si se entiende que son formas jurídicas privadas de personificación³⁰ o si se mantiene que su recurso frecuente al Derecho privado hace que sus ficheros sean privados –si se les aplica el criterio no compartido por nosotros que los Entes Públicos que recurren al Derecho Privado tienen ficheros privados-; en cambio, serían titulares de ficheros públicos si se les califica como organismos públicos como ha hecho la normativa de la Comunidad de Madrid³¹. Hay que volver a insistir en

modificaciones a la previa autorización del INSALUD y el régimen jurídico del mismo determinado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros así como por la legislación sobre el patrimonio de la Seguridad Social (art. 17); en lo referente a sus recursos económicos parten de una dotación inicial efectuada por el INSALUD (art. 18); las operaciones de crédito sometidas a los límites establecidos -en cada momento- en los Presupuestos Generales del Estado (art. 18.3); su presupuesto equilibrado mediante subvenciones a la explotación concedidas por el INSALUD en el primer ejercicio de la actividad (art. 18.6); respecto al régimen contable y control financiero (art. 19), el Plan General de Contabilidad Pública, y el control sometido a las normas del art. 17 de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988, 1966 y 2287) ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social, y por último, en cuanto atañe al régimen de personal, seleccionado mediante los principios constitucionales de mérito, capacidad y publicidad, notas características de la selección del personal funcionario, aunque una vez seleccionados sometidos al Derecho Laboral (art. 20). *Es decir, que de todo este régimen normativo se desprende también la naturaleza pública de la Fundación Hospital Alcorcón.*”

³⁰ El Proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD en los primeros dos borradores elaborados por la Agencia Española consideró como ficheros de titularidad privada “aquellos de los que sean responsables las fundaciones no sanitarias del sector público”, de manera que por contraposición se deducía que las fundaciones sanitarias del sector público sí serían ficheros de titularidad pública. Sin embargo, el segundo borrador considera como ficheros de titularidad privada “aquellos de los que sean responsables las fundaciones sanitarias del sector público, salvo en su caso, las fundaciones públicas sanitarias”. De esta forma, el segundo borrador del Reglamento llevaba a cabo una distinción entre las fundaciones sanitarias públicas que tendrían ficheros de titularidad pública y las fundaciones sanitarias del sector público que tendrían ficheros de titularidad privada. El texto **aprobado del Reglamento no hace ninguna mención a las fundaciones sanitarias del sector público ni a las fundaciones públicas sanitarias.**

³¹ Así, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996 autoriza al INSALUD para que constituyera, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Única del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, las Fundaciones denominadas “Fundación Hospital Alcorcón” y “Fundación Hospital Manacor”. Dicho Acuerdo señalaba que el régimen jurídico de tales Fundaciones será el determinado en sus propios Estatutos. Asimismo, se atribuía al Ministerio de Sanidad y Consumo el ejercicio del *proteccionado* de las Fundaciones referidas. Los Estatutos vigentes de la Fundación Hospital Alcorcón establecen en su

que la LOPD no exige para que un fichero sea de titularidad pública que la entidad ejerza potestades de Derecho público o que actúe sometida al Derecho administrativo³². Lo esencial para precisar el régimen jurídico de los ficheros es la naturaleza pública o privada del titular de los mismos. Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio, de 2008, ha calificado a los ficheros de los que es titular la Fundación Hospital de Alcorcón como ficheros públicos, al ser una entidad pública de la Comunidad de Madrid³³, rebatiendo con distintos argumentos

artículo 1.1 que la Fundación Hospital Alcorcón es una organización sanitaria sin ánimo de lucro, constituida por el INSALUD al amparo del Real Decreto-Ley 10/1996, convalidado por la Ley 15/1997, y transferida a la Comunidad de Madrid el 1 de enero de 2002 mediante Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre. Como acabamos de señalar, el art. 3.2 del Decreto de 29 de enero de 2004, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Consumo dispone lo siguiente: “*La Administración Institucional adscrita a la Consejería de Sanidad y Consumo estará integrada por los siguientes Entes Públicos y Organismos Autónomos: (...) Ente Público Fundación Hospital de Alcorcón*”. A mayor abundamiento, las distintas Leyes de Presupuestos de la Comunidad de Madrid establecen las dotaciones presupuestarias para las Empresas Públicas y resto de Entes Públicos de la Comunidad de Madrid, distinguiendo entre Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público que sujetan su actividad al ordenamiento jurídico privado; Empresas Públicas con forma de Sociedad Mercantil; y el resto de Entes Públicos. La dotación presupuestaria de la Fundación Hospital Alcorcón se encuentra englobada dentro del resto de Entes Públicos, es decir, que se configura como un Ente Público de los previstos en el artículo 6.

³² La AEPD -según recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2008-, “tradicionalmente ha venido interpretando en relación con las entidades u organismos vinculados a las Administraciones Territoriales, como es el caso de la Fundación Hospital Alcorcón, que era preciso que ejercieran potestades genuinamente administrativas para que fueran catalogados como Administración y sus ficheros tuvieran la consideración de públicos, deduciendo este requisito del mandato contenido en la norma de que la creación de los ficheros debe hacerse por medio de una disposición general lo que supone atribución de una potestad administrativa a la entidad responsable del fichero, criterio interpretativo que lógicamente se mantiene en el presente caso”. Así, también señala la Sentencia que para la Agencia Española los artículos 41 y 42 LOPD que “*delimitan las competencias entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas; para luego afirmar con rotundidad que las Fundaciones creadas por entidades públicas -como es el caso de la Fundación Hospital Alcorcón- son entidades privadas, en cuanto están sometidas al Derecho privado y no pueden ejercer potestades públicas, según el artículo 46.1.a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*. Concretamente, en relación con los ficheros de las Fundaciones del Sector Público Estatal el informe 66/2003 de la Agencia Española de Protección de Datos, a tenor de lo dispuesto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, dedujo que éstas no podían ejercer potestades administrativas por lo que los ficheros de su titularidad serán de naturaleza privada”.

³³ La Sentencia señala que “La Fundación Hospital Alcorcón aparece formando parte de la Administración Institucional adscrita a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid en los Decretos de estructura 10/2004, de 29 de enero, 100/2005, de 29 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, y se configura como Ente público en las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid. En definitiva, no suscita duda a este Tribunal que la Fundación Hospital Alcorcón es una entidad pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal...” Para la Audiencia Nacional, “la creación de la Fundación Hospital Alcorcón... trae causa de un Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996 que autorizaba al Instituto Nacional de la Salud a constituir dicha Fundación”. Asimismo, añade la Audiencia, que por Ley 15/1997, de 25 de abril sobre Habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, “la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios pueden llevarse a cabo directa o indirectamente a través de entidades de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho y, entre ellas, las Fundaciones”. A lo que se añade que el Real Decreto

la inaplicabilidad del criterio del recurso al Derecho administrativo o el ejercicio de potestades de Derecho público para la delimitación del régimen jurídico de los ficheros públicos³⁴.

El régimen jurídico de los ficheros –el hecho de que se entienda que las fundaciones sanitarias del sector público son titulares de ficheros privados- no afecta a la determinación de la autoridad de control competente, que se determina en virtud de la legislación autonómica o del Estatuto de Autonomía. **La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2008, resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Fundación Hospital Alcorcón, declarando nulas las Resoluciones de la AEPD y obligando a la AEPD a “cancelar en su Registro las anotaciones correspondientes a los ficheros de la citada Fundación por ser competencia del Registro de Ficheros de Datos Personales de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid”**³⁵. Como hemos señalado ante-

1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, en su Anexo B, entre las funciones que se traspasan y asume la Comunidad de Madrid, añade “j) Las funciones del protectorado y registro, incluyendo las de tutela y control, sobre las Fundaciones sanitarias ubicadas en su territorio, en concreto, la Fundación Hospital Alcorcón...”.

³⁴ La Audiencia Nacional, a pesar de reconocer que la Fundación Hospital Alcorcón “no ejerce ninguna potestad pública atendiendo su norma de creación, sus estatutos y la normativa sobre Fundaciones”, considera que este argumento no es definitivo ya que “el art. 20 LOPD no hace referencia alguna al ejercicio de potestades administrativas para delimitar entre ficheros públicos y privados”, además que el Reglamento no estaba en vigor en el momento en que la Agencia Española dictó el acto impugnado.

³⁵ La Audiencia Nacional señala acertadamente en este punto que la solución del presente caso “no se encuentra tanto en la delimitación precisa de la naturaleza pública o privada de los ficheros, como en la interpretación coherente de las dos normas jurídicas a que se refieren esta cuestión, una estatal y otra autonómica”. Señala que “el artículo 4[1] LOPD permite a las Autoridades de Control autonómicas el ejercicio de determinadas competencias de la Agencia Española cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial y en desarrollo de esta previsión el artículo 2 de la Ley 8/2001 ... señala que ... los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones de la Comunidad de Madrid y por los órganos, organismos, entidades de derecho público y demás entes públicos integrantes de su Administración pública, exceptuándose las sociedades mercantiles (...) Es decir, la norma autonómica proporciona un contenido al mandato estatal, entendiéndose por ficheros gestionados por la Comunidad Autónoma de Madrid también aquellos que lo son por entidades integradas en su Administración Institucional, como es el caso de la Fundación Hospital Alcorcón, con la única excepción de las sociedades mercantiles. Es decir, no utiliza el criterio de la naturaleza jurídica del ente titular del fichero, sino el del control a través de la creación o de la gestión -directa o indirecta- de los ficheros, y esta previsión de la norma autonómica no entra en contradicción con la norma estatal que también utiliza el criterio de creación o gestión de los ficheros y no el de la naturaleza del ente titular de los mismos para atribuir la competencia a las Comunidades Autónomas”. No obstante, a nuestro juicio, si bien el art. 41 establece que la competencia es sobre ficheros, lógicamente, no es sobre todos los ficheros sino sobre los ficheros creados y gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local, lo que obliga a analizar la naturaleza jurídica de cada entidad. No habría habido problemas de control por parte de la Agencia Autonómica si existiera un fichero público centralizado de historias clínicas y el Hospital Alcorcón fuera un usuario del mismo. Sin embargo, se trataba en este caso de ficheros de los que era responsable la Fundación Hospital Alcorcón por lo que es imprescindible dilucidar la naturaleza jurídica del titular del fichero. Coincidimos en este

riormente, una fundación sanitaria del sector público forma parte de la Administración institucional³⁶ por lo que sería un fichero de los creados

punto con M. Arenas en la importancia de tener en cuenta la naturaleza jurídica del responsable. Cfr. M. ARENAS, “Ficheros públicos o privados. La Sentencia de la Audiencia Nacional sobre la Fundación Hospital Alcorcón”, Datospersonales.org Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid núm. 36, 2008. No compartimos, sin embargo, con esta autora que sea necesario conocer para determinar si una Fundación es sujeto público o privado, “si su finalidad es el ejercicio de potestades de Derecho público”. Esta es una previsión que no se encuentra en la Ley a la hora de delimitar los ficheros públicos. Tampoco coincidimos en que el hecho de que se considere que los ficheros de la Fundación Hospital Alcorcón sean privados implique que estén sometidos al control de la AEPD ya que, como hemos señalado reiteradamente, el régimen jurídico de los ficheros es independiente del ámbito competencial de cada una de las Agencias.

³⁶ En relación con la naturaleza jurídica de la Fundación Hospital de Alcorcón, hay que señalar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 2007 -ya citada- dice textualmente: “...la Fundación Hospital Alcorcón es una *entidad instrumental de la Administración Pública Sanitaria*, porque su órgano de dirección está presidido por el Presidente ejecutivo del INSALUD, que designa a los vocales que lo integran, y adopta todas las decisiones importantes de la Fundación, en particular el nombramiento de su Director Gerente y la aprobación de los contratos típicamente administrativos -obras, servicios y suministros- que celebra la Fundación; la actividad principal de la Fundación es la prestación del servicio público sanitario que normalmente corresponde al INSALUD, y presta ese servicio con fondos públicos, sin seguir criterios de rentabilidad económica. Los Estatutos por lo que se rige han sido elaborados por la Administración del estado, y en fin, la dotación inicial de la Fundación se hace con una aportación del INSALUD, sus bienes están en su mayor parte cedidos por la Administración Pública creadora, y el control financiero de la Fundación corresponde a la Intervención General de la Seguridad Social y al Tribunal de Cuentas, de manera que se aprecia que la Fundación como tal no tiene en puridad autonomía alguna ni capacidad propia de decisión, siendo el control, la tutela y la fijación de los objetivos y actividades por la Administración sanitaria total y en absoluto. *Todo ello permite afirmar que la Fundación Hospital Alcorcón no responde al régimen ni naturaleza propios de cualquier fundación privada, tal y como éstas se regulan en nuestro Derecho, pudiendo afirmarse que con ella la Administración sanitaria se dotó de una personalidad instrumental, debiendo en este sentido recordar que las fundaciones privadas ni son de naturaleza pública ni pertenecen a una Administración. Esto es así al punto que el Real Decreto 292/2000, de 14 de enero, en ningún momento llama a esta clase de fundaciones “privadas”.* Así, a nuestro juicio no hay duda de que la Fundación Hospital Alcorcón forma parte en la actualidad de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid. De hecho, las fundaciones creadas por entidades públicas están integradas en el sector público -art. 2.1.f) de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 27 de noviembre-.

La Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos señala que la naturaleza jurídica de la Fundación Hospital Alcorcón no se encuentra resuelta por la normativa autonómica, por lo que, dado el vacío legal observado en la legislación autonómica, aplica el principio de supletoriedad recogido en el artículo 143 de la Constitución lo que -a su juicio- convertiría a la Fundación Hospital Alcorcón en una entidad privada. Sin embargo, frente a lo afirmado por la Agencia Española de Protección de Datos, no es cierto que la normativa de la Comunidad de Madrid guarde silencio sobre la naturaleza jurídica de la Fundación Hospital Alcorcón. Como hemos señalado antes, el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 29 de enero de 2004 conceptúa a la Fundación Hospital Alcorcón como un Ente Público del artículo 6 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid. El Tribunal Constitucional ha precisado que el Estado ha de poder “invocar algún título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que (...), pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad”, que no constituye “una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materia a favor del Estado” (STC 118/1996, fundamento jurídico 5º). En efecto, como afirma la citada STC 118/1996 (sobre la Ley Orgánica de Transporte Terrestre): “si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad

o gestionados por las Comunidades Autónomas –art. 41 LOPD-, cuya legislación puede atribuir legítimamente a las Agencias Autonómicas este ámbito de control. La Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos en la Comunidad de Madrid señala que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ejerce sus funciones de control sobre los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones de la Comunidad de Madrid y por los órganos, organismos, entidades de derecho público y *demás entes públicos integrantes de su Administración pública*, exceptuándose las sociedades mercantiles a que se refiere el artículo 2.2.c).1 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid”; es decir, incluye todo los entes públicos y sólo excluye de su ámbito de control dentro de su Administración Institucional a las sociedades mercantiles con participación pública mayoritaria lo que significa que las fundaciones sanitarias del sector público, en la medida en que no son sociedades mercantiles y la normativa autonómica las califica como organismos públicos, son competencia de la Agencia Autónoma³⁷. Sin embargo,

no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias”. Y es que, como se sigue diciendo en la citada STC, “*la regla de la supletoriedad no constituye una cláusula atributiva de competencias*” (STC 118/1996, fundamento jurídico 6º). Es una regla dirigida al aplicador del Derecho, no al Estado: “*la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes*” (STC 118/1996, fundamento jurídico 6º). Esto obedece a que “*el supuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho*” (STC 118/1996, fundamento jurídico 8º). Como hemos señalado anteriormente, en el supuesto que nos ocupa no existe laguna alguna, pues hay un cuerpo normativo muy claro que atribuye a la Fundación Hospital Alcorcón la naturaleza jurídica de Ente Público del artículo 6 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, integrado en la Consejería de Salud al mismo nivel que el Servicio Madrileño de Salud y con partida presupuestaria propia como Ente Público que es. Por tanto, la invocación de la cláusula de supletoriedad resulta insostenible.

³⁷ La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2008, señala que de forma recurrente insiste la Agencia Española que la Fundación Hospital Alcorcón no puede ejercer “potestades públicas, por lo que sus ficheros no pueden tener la consideración de ficheros de titularidad pública, consideración que es la única que permite sostener la competencia de la Agencia autonómica. Obvia, sin embargo, la Administración demandada toda referencia a la normativa autonómica antes referida que extiende la competencia de la Agencia autonómica a todo tipo de ficheros de su Administración, incluida la denominada Administración Institucional, en la que está incluida la Fundación Hospital Alcorcón, con la única excepción de los ficheros de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público y demás Entes Públicos”. La Sentencia señala, como hemos citado anteriormente, que “la norma autonómica con siete

la Agencia Española no considera estas fundaciones dentro del art. 41 LOPD y, por lo tanto, no estarían a su juicio dentro de las competencias de las Agencias Autonómicas³⁸.

II. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE EMPRESAS PRIVADAS: ENCARGADO DE TRATAMIENTO PRIVADO DE FICHEROS PÚBLICO O RESPONSABLE DE FICHERO PRIVADO

La prestación de servicios públicos es una de las principales funciones de la Administración a través de la cual se satisfacen necesidades de los ciudadanos considerados como colectividad –servicios públicos *uti universi*- o de manera individual –servicios públicos *uti singuli*-³⁹. Ahora bien, la responsabilidad de la Administración en cuanto titular de los servicios públicos no implica necesariamente que ésta deba prestarlos por sí y en régimen de exclusividad. Históricamente la Administración Pública no sólo ha prestado servicios públicos a través de una gestión directa, bien centralizada o descentralizada. En muchos ámbitos como la sanidad, los servicios sociales, la educación o el transporte, la Administración ha optado por la gestión indirecta de los servicios públicos, atribuyendo la responsabilidad de su prestación a particulares, en concurrencia o no con la Administración. No hablamos en este caso de una huida de la Administración al Derecho Privado –de que la Administración recurra a la forma jurídica o al régimen jurídico privado- sino de que el servicio público sea prestado por particulares –de una privatización de los servicios públicos-⁴⁰. La Administración dispone de un alto grado de discrecionalidad para decidir entre las diversas alternativas posibles para la prestación de un servicio público, incluida la externalización del mismo, con un límite importante, que es la prohibición de contratar aquellos servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente de

años de vigencia no ha sido impugnada por invadir competencias estatales y la propia Agencia Española de Protección de Datos en sus actuaciones precedentes ha venido admitiendo la competencia sobre este tipo de ficheros de la Agencia de la Comunidad de Madrid”. Este es el criterio que se contenía expresamente en A. Troncoso, “Las Comunidades Autónomas y la protección de los datos personales a la luz de las reformas estatutarias”, cit, págs. 99-102 y al que hemos hecho mención en las páginas anteriores.

³⁸ Cfr. Informe de la Agencia Española 66/2003 publicado en su web, que afirma que sus ficheros son privados –porque no es una actividad sometida al Derecho administrativo-, con independencia de que no sean sociedad mercantil –único ámbito excluido de la Ley 8/2001, de 13 de julio- y de que la normativa autonómica las califique como organismo público.

³⁹ Nos hemos ocupado en otras ocasiones del concepto de servicio público. Cfr. A. TRONCOSO REIGADA, “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, cit.

⁴⁰ Cfr. A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización*, cit.

los poderes públicos Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público dispone que “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” –art. 251.1-.

Son distintas las técnicas contractuales a las que la Administración puede acudir a la hora de externalizar los distintos servicios: La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece las siguientes modalidades de contratación de gestión de los servicios públicos: “a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.” –art. 253-⁴¹. De entre estas técnicas contractuales hay que destacar la concesión a través de la cual la Administración transfiere a un particular la facultad de realizar una determinada actividad que, por pertenecer a la titularidad de la Administración, no formaba parte del patrimonio jurídico de aquél, asumiendo el empresario el servicio a su riesgo y ventura; y el concierto, modalidad aplicable únicamente a los servicios públicos asumidos por la Administración en régimen de concurrencia con los particulares, de manera un ente público complementa con el apoyo de una empresa privada los servicios que realiza y que son insuficientes para su cobertura.

Nos corresponde ahora analizar cuál es la responsabilidad que asume la Administración y los particulares en la prestación de estos servicios públicos. Pues bien, la Administración mantiene en la modalidad de ges-

⁴¹ Hasta ahora la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establecía en el art. 155 que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios o particulares, conservando en todo caso la propia Administración los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Así, el art. 98 señala que la ejecución de los contratos se hace sometida al principio de riesgo y ventura del contratista. Igualmente, el art 156.a) establece que en el contrato de gestión de servicios públicos, la concesión es una modalidad de esa contratación en la que “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del art. 232 de esta Ley”.

ción indirecta la titularidad del servicio público y la responsabilidad última de garantizar su correcta prestación. El art. 255.2 de la LCSP señala que la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. En cambio, el contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación –art. 255.2-. Además, el contratista está sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones generales –art. 256-: a) prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas; b) cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior; c) indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. d) respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos”. En todo caso, la ejecución del contrato se hace sometida al principio de riesgo y ventura del contratista. De hecho, la utilización de técnicas contractuales que permitan la gestión indirecta de servicios públicos sólo es posible en servicios que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares –art. 251.1-.

1. Los criterios de delimitación

Es necesario determinar ahora si la gestión indirecta de un servicio público da como resultado que la empresa privada sea una encargada del tratamiento privada de un fichero público del que sería responsable la Administración Pública contratante o si, por el contrario, la empresa privada que lleva a cabo la prestación de servicios públicos es una responsable de fichero –al que se le aplica, lógicamente, el régimen jurídico de los ficheros privados-. Son varios los criterios empleados por la LOPD para definir al responsable del fichero y al encargado de tratamiento y que nos sirven para determinar si la empresa contratista es un respon-

sable de ficheros privado o una encargada de tratamiento de un fichero público. Hay que tener en cuenta también lo previsto en el Reglamento de desarrollo de la LOPD, que ha establecido un auténtico “estatuto del encargado del tratamiento”⁴².

Así, es necesario determinar en cada caso *quién decide* la finalidad del tratamiento, su contenido y su uso, a quién le corresponde la dirección y el control sobre el tratamiento de datos personales. El responsable del fichero es la persona que “decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento” –art. 3.d) LOPD-, añadiendo el Reglamento de desarrollo de la LOPD que puede ser responsable aunque no se realice materialmente el tratamiento –art. 5.1.q)-. En cambio, el encargado del tratamiento sólo trata los datos “conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento” –art. 12.2 LOPD-⁴³. Por tanto, hay que verificar si es la Administración Pública contratante la que adopta las decisiones, limitándose la empresa privada contratista a tratar los datos de conformidad con las instrucciones que le marca la Administración o si, por el contrario, la empresa privada es la que toma las decisiones sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Este es un tema complejo porque en muchas ocasiones la finalidad, contenido y uso de un tratamiento de datos personales se encuentra ya definido en la ley o en la normativa reglamentaria⁴⁴. Por ello, hay que entender que el responsable es el que tiene una cierta autonomía que le permite tomar las principales decisiones en cuanto al tratamiento de datos personales y en relación con el cumplimiento de los principios y el ejercicio de los derechos; en cambio, el encargado de tratamiento se limita a llevar a cabo el tratamiento de datos personales para el desarrollo de la gestión encomendada, cumpliendo en todo momento las instrucciones del responsable.

Además, hay que verificar si el fin para el que se emplean los datos es el que determina la Administración o si, por el contrario, la empresa

⁴² Cfr. Exposición de Motivos, apdo. III.

⁴³ También señala el art. 17.3 de la Directiva 95/46/CE que el encargado “sólo actuará siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento”.

⁴⁴ Esto ocurre con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que define la finalidad y el contenido concreto que debe contener una historia clínica, obligando tanto a centros sanitarios públicos como a privados a tratar los datos de salud y a que sus historias clínicas incorporen toda la información relevante para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente –art. 15-. Cfr. nuestra “Introducción y Presentación” a *Protección de datos para Servicios Sanitarios Públicos*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 41-47. Algo semejante sucede con el listado de grupo profesional para los Colegios Profesionales –que es un tratamiento exigido por la legislación para el cumplimiento de la función de ordenación profesional- o con los ficheros de datos personales para el desarrollo de la actividad de orientación psicopedagógica. Estos son tratamientos en los que el responsable de fichero no decide la finalidad y, en muchas ocasiones, tampoco el contenido.

privada puede tratar los datos para *finalidades propias* –en este caso sería responsable del fichero–. La LOPD señala que el encargado accede a los datos personales “para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento” –art. 12.1 y “no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato” –art. 12.2–. Buena muestra que de que el encargado de tratamiento privado de un fichero público no puede emplear los datos para finalidades propias y no tiene libertad ninguna en relación con los datos personales es que no “los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas” –art. 12.2-⁴⁵, debiendo ser los datos destruidos o devueltos al responsable, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento cuando finalice la prestación contractual –art. 12.3-⁴⁶. Finalmente, “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 responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente” –art. 12.4 LOPD–.

También hay que analizar si la *relación jurídica existente* se produce entre la Administración y el ciudadano o entre la empresa y el ciudadano. El encargado es un tercero “que trata los datos por cuenta del responsable del tratamiento –art. 3.g) LOPD-⁴⁷ y “para la prestación de un servicio

⁴⁵ En virtud de este precepto, a juicio de la Agencia Española, no era posible la subcontratación por parte del encargado del tratamiento, debiendo siempre el responsable ser parte en la relación jurídica, ya que cualquier transmisión de los datos que no corresponda al responsable del fichero habrá de ser considerada cesión. Posteriormente la Agencia Española de Protección de Datos ha considerado que es posible la subcontratación de estos servicios siempre y cuando se especifiquen los siguientes requisitos acumulativos, que deberán figurar en el contrato: a) Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento. b) Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa subcontratista conste en la oferta o en el contrato. c) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero. El Reglamento de desarrollo de la LOPD permite expresamente la posibilidad de subcontratación de los servicios de encargado del tratamiento estableciendo un conjunto de requisitos –art. 21–, intentando resolver problemas prácticos al tiempo que se garantiza que el responsable no pierde el control. En todo caso, es muy interesante a los efectos de la delimitación de la figura del encargado la previsión del art. 21.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, que señala que “el encargado no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En todo caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento”. Por tanto, el encargado no actúa por su cuenta sino en nombre y por cuenta del responsable y con su autorización.

⁴⁶ El Reglamento de desarrollo de la LOPD ha previsto algunos supuestos de conservación de datos por parte del encargado –art. 22–. El art. 27.2 LORTAD –ya derogada– recogía la posibilidad de que el encargado del tratamiento conservara la información por un periodo máximo de cinco años, cuando razonablemente se presuma la posibilidad de ulteriores encargos.

⁴⁷ Sigue la previsión de la Directiva 95/46/CE que define “encargado del tratamiento” como “la persona física o jurídica, autoridad pública o servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con

al responsable del tratamiento” –art. 12 LOPD-. El encargado del tratamiento actúa, de cara al ciudadano, en nombre del responsable y por cuenta de éste, como si fuera éste. La empresa que actúa como encargada de tratamiento sólo tiene una relación jurídica con la Administración, no con el ciudadano. De esta forma, si únicamente existe una relación jurídica entre la Administración y el ciudadano, está claro que la empresa tiene el carácter de encargada del tratamiento. En cambio, si el acceso que lleva a cabo la empresa privada “tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado” –art. 20.1 del Reglamento-, estaremos ante un responsable de fichero privado. El Reglamento –especialmente el art. 20.1- trata de evitar situaciones de fraude cuando una empresa pretende actuar como encargada del tratamiento –y obviar las exigencias del art. 11 LOPD, que exige el consentimiento para la cesión- y en realidad es responsable de fichero. El hecho de que una empresa privada trate datos personales para la prestación de un servicio público no significa que siempre esté actuando en nombre y por cuenta de la Administración. Así, hay que diferenciar esencialmente los contratos de servicios, donde la empresa privada siempre es encargada del tratamiento, de los contratos de gestión de servicios públicos donde en muchas ocasiones la empresa privada actúa en nombre propio y establece un vínculo jurídico nuevo y una relación jurídica directa con el ciudadano, que lleva a facturarle el servicio directamente al ciudadano y en nombre de la empresa, convirtiéndose éste en cliente de la empresa adjudicataria⁴⁸. Igualmente, el hecho de que la empresa privada lleve a cabo tratamientos de datos personales de los usuarios de los servicios en su nombre y por su cuenta y establezca una relación jurídica con éstos le obliga a conservar la información, que no puede ser destruida o devuelta cuando finalice la prestación contractual –art. 12.3 LOPD-. Así, si el Reglamento de desarrollo de la LOPD –art. 22- permite al encargado

otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento” –art. 2.e)-.

⁴⁸ El encargado de tratamiento tiene relación con el usuario del servicio –porque da la cara en nombre de la Administración- pero no tiene una relación *jurídica* con el usuario del servicio –quien la tiene es la Administración-. En cambio, el responsable de fichero privado tiene un vínculo o una relación jurídica con el usuario. El vínculo jurídico *nuevo* –al que se refiere el Reglamento- es el vínculo jurídico que une –por vez primera- a la empresa privada con el usuario del servicio, aunque el objeto de la relación jurídica sea el mismo que mantenía anteriormente la Administración con el ciudadano. Así, la externalización de la actividad sanitaria conlleva, como veremos después, un vínculo jurídico nuevo entre la entidad privada que es adjudicataria del servicio público y el paciente, si bien el objeto de la relación jurídica –la asistencia sanitaria- es la misma que mantenía la Administración. Así, existe una cesión de datos personales entre Administraciones Públicas o entre empresas privadas cuando se comunican datos personales de un responsable de fichero a otro aunque el cesionario desarrolle la misma actividad. Por tanto, la existencia de un vínculo jurídico nuevo hace referencia a un nuevo responsable del fichero aunque la actividad siga siendo la misma.

del tratamiento conservar la información en tanto pudieran derivarse responsabilidades en su relación con el responsable del tratamiento –la Administración-, en este caso el responsable de fichero privado conserva datos personales en virtud de la relación que le ha unido no con la Administración sino con los usuarios del servicio público.

Hay que tener en cuenta también en nombre de quien se hace la recogida de datos personales, siendo muy importante el principio de información a estos efectos –art. 5 LOPD-. Así, no es lo mismo que la empresa privada se identifique ante el ciudadano como responsable del fichero a que recabe el dato personal en nombre de la Administración Pública para el cumplimiento de funciones administrativas. No sería legítimo que una empresa privada quisiera ser responsable del fichero recabando los datos en nombre de la Administración Pública. Existe una apariencia de prestación directa del servicio público por parte de la Administración que encubre una gestión indirecta que desconoce el usuario. A nuestro juicio, cuando la prestación de un servicio público se desarrolla con una apariencia de que la gestión la realizan directamente las Administraciones pero en la realidad se trata de empresas privadas, hay que entender que se trata de un responsable de fichero público, ya que la empresa privada actúa en nombre y por cuenta de la Administración, por lo que debe ser considerada encargada de tratamiento. Es imprescindible, a la hora de delimitar si estamos ante un encargado de tratamiento privado de un fichero público o ante un responsable de fichero privado conocer en nombre de quien se lleva a cabo el tratamiento de datos personales⁴⁹. El ciudadano debe conocer en todo momento quien es el responsable del tratamiento, con independencia de que exista una posible externalización del servicio. La recogida de datos en nombre de la Administración Pública por parte de una empresa privada que pretende ser la responsable del fichero sería un ejemplo de tratamiento de datos fraudulento, desleal o ilícito –art. 4.7 LOPD-. En esta dirección, es interesante tener en cuenta si lo que se externaliza es la gestión y explotación de un servicio administrativo –por ejemplo, un servicio municipal- que lógicamente es de titularidad de la Administración, configurado, además, por la normativa como un órgano administrativo y que se desarrolla en un edificio de titularidad pública, que se cede para su uso a la empresa privada adjudi-

⁴⁹ Así, cuando todos los signos externos de un centro son de la Administración –y no hay ningún indicio de una gestión indirecta- hay que entender que se recaban los datos personales en nombre de ésta.

cataria. Este es un supuesto claro de encargado de tratamiento privado de fichero público y no de responsable de fichero privado⁵⁰.

Los pliegos de contratación de los distintos supuestos de gestión indirecta de servicios públicos son determinantes a la hora de precisar quién es el que decide sobre la finalidad, uso y contenido del tratamiento y, por tanto, si estamos ante un encargado de tratamiento privado de fichero público o ante un responsable de fichero privado. El hecho de que los pliegos prohíban a la empresa contratista utilizar los datos para finalidades propias, establezcan que la propiedad de la información le corresponde a la Administración y que a la finalización del contrato la empresa debe devolver la información que quedará a disposición de la Administración para asegurar la continuidad en la prestación del servicio o contengan compromisos de la empresa contratista relativos a la imagen institucional en la prestación del servicio y en la recogida de datos que identifique a la Administración como responsable del mismo son determinantes en la consideración de la empresa privada como encargada del tratamiento de datos personales de un fichero público del que es responsable la Administración⁵¹.

⁵⁰ La Agencia Vasca afirmó en la Resolución 09-002 que la empresa Futuro para Barakaldo UTE, que tenía dos contratos de gestión y explotación de dos servicios municipales –el centro de Integración Socio-cultural (CIS) y el Centro de Día La Paz– era en el caso de la instalación de un sistema de cámaras de videovigilancia un encargado de tratamiento privado de un fichero público. Así, señala esta Resolución que el centro de Integración Sociocultural de Barakaldo (CIS) es un servicio municipal, configurado en la ordenanza municipal que lo regula (Boletín Oficial de Bizkaia nº 33, de 17 de febrero de 2000), como órgano administrativo integrado en la estructura organizativa del área de Bienestar Social y Servicios Sociales del Ayuntamiento de Barakaldo. Además, el edificio en el que se ubica el CIS está afecto al servicio público, cediéndose su uso a la adjudicataria para la consecución de los fines del servicio. Junto con la cesión del edificio se cede el mobiliario y equipamiento necesarios o convenientes para la adecuada calidad del servicio. Por ello, la Resolución afirma que “de conformidad con lo expuesto y debidamente acreditado en el expediente, puede afirmarse, sin género de duda, que el Ayuntamiento de Barakaldo es el titular del servicio municipal que se presta en el CIS, y como tal es responsable del mismo, debiendo controlar que el servicio se preste por la adjudicataria con sujeción a la ley y al contrato suscrito y atendiendo al interés general”.

⁵¹ No obstante, no sería determinante para afirmar un encargo de tratamiento que el contrato establezca que el régimen interior de un centro privado –por ejemplo, en el ámbito de los servicios sociales– sea el mismo que el de las residencias gestionadas directamente por la Administración. Tampoco es esencial para precisar la responsabilidad del fichero que los pliegos establezcan como obligatorios para el contratista la existencia de determinados ficheros o tratamientos de datos personales donde se registre la información necesaria para la correcta atención a los usuarios si la empresa privada tienen la capacidad para decidir la finalidad del tratamiento y establece un vínculo jurídico propio con los usuarios del servicio. Aunque estas cláusulas parecen mostrar que inicialmente la Administración establece la finalidad del tratamiento, esto ocurre también con otros supuestos como el padrón municipal o la historia clínica –ficheros obligatorios donde la norma establece la finalidad y el contenido del tratamiento–, lo que no impide la existencia de un responsable de fichero distinto del que establece estas previsiones.

Sin embargo, hay otros criterios que no son útiles a los efectos de la determinación de si la empresa contratista es responsable de un fichero privado o una encargada de tratamiento privada de un fichero público. Así, no se debe valorar a quién le corresponde la competencia *administrativa* ya que, en virtud de este criterio, nunca existirían responsables de ficheros privados ya que los particulares no tienen competencias sino que ejercen derechos. Las competencias siempre le corresponden a la Administración Pública. Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público señala que “el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante” –art. 8.1-, por lo que si el criterio para la determinación del responsable del fichero se centra en quien tiene la competencia administrativa, el responsable siempre sería la Administración Pública, nunca la empresa privada⁵². El criterio de la competencia administrativa es muy útil a la hora de definir entre distintas Administraciones Públicas quién es la responsable del fichero público. Así, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid señala que el responsable del fichero “es el órgano administrativo designado en la disposición de creación del fichero al que corresponde decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Cuando no sea posible la determinación del responsable del fichero, *por estar atribuidas a diferentes órganos administrativos la competencia para decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*, se entenderá por responsable del fichero al órgano titular de la función específica en que se concrete la competencia material a cuyo ejercicio sirva instrumentalmente el fichero” –art. 9-. El criterio de a quien le corresponde la competencia administrativa sólo sirve para determinar quién es el responsable cuando la competencia está atribuida a diferentes órganos administrativos pero no sirve como regla general para determinar quién es el responsable si la disyuntiva es entre una Administración Pública o una empresa privada. Por eso este no es el criterio empleado por la LOPD ni por el Reglamento de desarrollo para determinar quién es el responsable del fichero⁵³.

⁵² El art. 12 LRJAP y PAC señala que “la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes”.

⁵³ De alguna manera, la tendencia a establecer la responsabilidad del fichero en quien tenga la competencia administrativa tiene una relación con el criterio de que la delimitación de las competencias administrativas en protección de datos personales sea deudora y dependa de cada una de las materias par

Tampoco sirve para determinar la responsabilidad del fichero el criterio de la titularidad del servicio público –que serviría, lógicamente, para atribuírsela a la Administración⁵⁴- ya que hay muchas empresas privadas concesionarias de un servicio público de titularidad de la Administración –Antena 3, Tele 5, empresas de transporte por carretera- que deciden sobre el tratamiento, desarrollan una actividad para finalidades propias, estableciendo un vínculo jurídico con el ciudadano y recogiendo y tratando los datos personales en su nombre⁵⁵. Lo mismo puede decirse de la importancia del riesgo económico para atribuir la responsabilidad del fichero⁵⁶. Tampoco sirve el criterio que atribuye la responsabilidad del

cuyo ejercicio los ficheros son instrumentales- una posición que fue mantenida por el recurso de inconstitucionalidad frente a la LORTAD y a la LOPD y que fue descartada por la STC 290/2000, de 30 de noviembre. Así, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ señalaba que las CCAA con Agencia de Protección de Datos tendrán competencia respecto de los ficheros de las Administraciones y Entes Públicos de sus CCAA, de los Entes Locales y además, sobre “los ficheros privados ligados a actividades encuadrables en el marco de competencias propias de las CCAA”. H. LÓPEZ BOFILL también apunta a dos criterios acumulativos a la hora de otorgar competencia a las Agencias Autonómicas: se refieran a materias que sean competencia de la CCAA o de sus Entes locales; y el tratamiento de datos sea realizado por la persona física o jurídica en cuestión se efectuó en la CCAA. Cfr. A. TRONCOSO, *Estudios sobre Comunidades Autónomas y protección de datos personales*, cit. págs. 36-45, 161 y 205.

⁵⁴ Hemos analizado en otro momento si el servicio público implica o no la titularidad de la actividad por la Administración. Cfr. A. TRONCOSO, “Dogmática administrativa”, cit.

⁵⁵ La Agencia Catalana de Protección de Datos ha entendido en la Resolución del procedimiento sancionador núm. 8/2008 contra Autopistas, Concesionaria Española S. A –ACESA- que la empresa concesionaria de un servicio público es responsable de un fichero privado, a pesar de que se trataba de una recogida de datos para la tramitación de una solicitud de bonificación, un derecho previsto en el Decreto 653/2006, de 27 de diciembre. En este supuesto, “una persona en el mes de febrero de 2007 puso en conocimiento de la ACPD que Autopistas, Concesionaria Española, S.A. (ACESA), en el momento de recoger los datos de los usuarios de la autopista C-33 que pretendían beneficiarse del sistema de descuentos para los usuarios habituales del acceso de Mollet del Vallès de la autopista C-33, informaba a las personas interesadas en acogerse al sistema de descuentos del uso que ACESA haría de sus datos personales, así como de los derechos que tenían las personas titulares de estos datos. Se advertía también a las personas interesadas del siguiente: “*También autoriza su tratamiento informatizado para la tramitación de su petición y para el cumplimiento de los fines propios del programa, acciones de marketing y comercialización de productos y servicios de cualquiera de las empresas del grupo. Asimismo y para ser las finalidades anteriormente indicadas, sus datos podrán comunicadas a las sociedades del grupo.*” El titular de la presente solicitud autoriza el registro de sus datos personales de acuerdo con lo dispuesto en la L.O. 15/1999 de Protección de Datos de carácter personal. Los datos personales facilitados se incorporarán a dos ficheros informáticos, uno titularidad de Autopistas, Concesionaria Española S.A. (Unipersonal. Para la ACPD, “con esta práctica, y en la medida en que se condiciona la tramitación de la solicitud de bonificación a la aceptación de esta cláusula sin ofrecer otra opción, se está condicionando el disfrute de uno derecho, previsto al Decreto 653/2006, de 27 de diciembre, al consentimiento por parte del ciudadano a la cesión de sus datos, rompiendo de esta manera el principio del consentimiento, que tiene que ser libre e inequívoco, tal como prevé el artículo 3. h) de la LOPD. De todo el anterior se desprende que la sociedad imputada estaba efectuando un tratamiento de datos personales, en el momento de su recogida, con vulneración del principio de consentimiento”.

⁵⁶ Lógicamente, no es lo mismo la concesión, que permite a un particular ejercer una actividad de titularidad de la Administración –aunque a su riesgo y ventura- que el concierto, donde la Administración no tiene la titularidad de la actividad sino que ésta se desarrolla en concurrencia con los particulares. Distintos Informes de las Agencias de Protección de Datos señalaban que el hecho de que el concesionario de

fichero a la Administración cuando la empresa privada que desarrolla la actividad esté sometida a un régimen de autorización administrativa o a la obligación de inscripción en un registro, una obligación que alcanza no sólo a las empresas privadas que prestan un servicio público sino también a multitud de empresas –del ámbito de la salud, de la educación, de los servicios sociales- que se encuentran sometidas también a éste régimen y no por eso tienen el carácter de encargadas de tratamiento privados de fichero público⁵⁷. No es relevante para determinar el encargo de tratamiento privado que la empresa privada que preste un servicio público esté sometida a una normativa administrativa que establezca un conjunto de requisitos ya que este sometimiento también alcanza a otros centros privados –educativos, sanitarios, sociales- que no prestan servicios públicos. Tampoco es determinante para afirmar que la Administración sea responsable del fichero –y la empresa privada encargada- que la primera tenga una facultad de inspección, que se ejerce no sólo sobre empresas privadas que prestan servicios públicos –por ejemplo, centros privados concertados- sino sobre muchas empresas privadas que desarrollan su actividad en el ámbito educativo, sanitario o social⁵⁸. El hecho de que haya unas potestades de inspección sobre una empresa no implica que ésta sea una encargada del tratamiento ya que cada Administración actúa dentro de cada materia en virtud de su título competencial. Además, el hecho de que la Administración se circunscriba a una función pública de soberanía limita su responsabilidad en los tratamientos de datos personales para la prestación de servicios públicos. Tampoco es esencial para afirmar que la Administración es responsable del fichero y la empresa privada encargada del tratamiento que la admisión de las personas que hayan de ocupar las plazas en un centro corresponda a la Administración y se rija por la normativa administrativa ya que esto no impide que la empresa privada decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, esta-

servicio público desarrolle su actividad a riesgo y ventura le convertirían en responsable de fichero privado y no en encargado de tratamiento. Sin embargo, el hecho de que tenga un riesgo económico no implica que no reciba instrucciones sobre la finalidad, contenido y uso de un tratamiento por la misma razón de que la existencia de un concierto –que evita el riesgo económico- no impide que la empresa privada trate los datos para finalidades propias y tenga un vínculo jurídico con el usuario del servicio.

⁵⁷ La normativa sanitaria obliga para autorizar un centro sanitario e inscribirlo en un registro que esté declarado el fichero privado –y, por tanto, no sería un encargo de tratamiento de un fichero público- ante la Agencia Española de Protección de Datos.

⁵⁸ Puede llamar la atención que la inspección sanitaria o educativa de una Comunidad Autónoma lleve a cabo una actividad de supervisión en un centro educativo o sanitario privado y no pueda hacer lo mismo la inspección de la Agencia Autónoma de Protección de Datos al no tener estos centros el carácter de encargados de tratamiento privado de ficheros públicos. Sin embargo, las facultades de inspección del Estado o de la CCAA dependen del título competencial respectivo.

blezca un vínculo jurídico con los usuarios y trate los datos personales en su nombre por lo que tendría el carácter de responsable del fichero privado. El hecho de que la Administración fije las tarifas no implica que sea responsable ya que también lo hace en sectores regulados como la energía –electricidad, gas-, donde las empresas privadas son responsables del fichero. El hecho de las empresas privadas reciban ayudas, subvenciones o cualquier otro tipo de financiación pública tampoco es determinante. Lo mismo puede decirse de que exista un control económico de la Intervención de la Administración sobre el uso de los fondos públicos, lo que le ocurre a muchas organizaciones privadas y no obsta para que actúen para fines propios. Tampoco es determinante para que la empresa privada tenga el carácter de encargada del tratamiento que la Administración lleve a cabo un control y seguimiento de la ejecución del contrato o de los convenios que haya suscrito o que establezca las medidas oportunas para que la atención recibida por los usuarios responda a unas pautas homogéneas de calidad en su prestación.

El hecho de que una empresa privada sea responsable de un fichero privado en la prestación de un servicio público no es inconveniente para que al mismo tiempo pueda ser encargada de un fichero público. Hay que tener en cuenta que las empresas privadas pueden ser usuarias de sistemas informáticos centralizados en el ámbito sanitario, educativo o de servicios sociales del que sean responsables las diferentes Administraciones. Así, al mismo tiempo que la empresa privada mantiene como responsable ficheros para prestar el servicio, también lleva a cabo tratamientos de datos personales en ficheros informáticos centralizados de los que es responsable la Administración. Así, en ocasiones, los centros educativos privados, al mismo tiempo que son responsables de ficheros para el desarrollo de la actividad educativa y orientadora, acceden a ficheros centralizados de la Administración educativa –por ejemplo, a un fichero centralizado de historiales académicos-, siendo en ese caso meros usuarios del mismo⁵⁹. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en el ámbito sanitario donde empresas privadas que son responsables de fichero privado cuan-

⁵⁹ La Consejería de Educación es responsable del fichero “Historiales Académicos”, y el encargado del tratamiento es ICM, siendo los centros públicos de enseñanza y los centros privados concertados usuarios del sistema. Este fichero fue creado mediante Orden 1846/2008, de 1 de abril, de la Consejería de Educación. Así, en los centros educativos concertados de la Comunidad de Madrid son usuarios de una aplicación informática “Sistema Integrado de Centros de Enseñanza Privada” (SICEP) que permite tratar la información relativa a los alumnos matriculados de los centros.

do prestan un servicio público son al mismo tiempo usuarias de ficheros públicos –por ejemplo, del fichero relativo a últimas voluntades-⁶⁰.

Hay que señalar que la Disposición adicional trigésimo primera denominada “Protección de datos de carácter personal” de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, señala lo siguiente: “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, 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 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 ésta 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, este precepto no significa que todos los contratos de prestación de servicios públicos den lugar a un encargado de tratamiento privado de ficheros públicos⁶¹. No se puede afirmar que siempre que una empresa

⁶⁰ Este es el caso, por ejemplo, del Sistema de Intercambio de Datos de Cáncer de la Comunidad de Madrid, que fue creado mediante la *Orden 1607/2005, de 26 de octubre, de la Consejería de Sanidad y Consumo*. No obstante, la Comunidad de Madrid no mantiene ningún fichero público centralizado de historia clínica electrónica en atención especializada sino que cada centro es responsable de sus propias historias clínicas.

⁶¹ De hecho, este precepto es una incorporación a la legislación de contratos de las previsiones del proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD relativas a la posibilidad que tiene el encargado del tratamiento no sólo de destruir o devolver los datos sino de entregarlos al nuevo encargado del tratamiento que el responsable haya designado o incluso conservarlos debidamente bloqueados en tanto pudieran derivarse

privada en la prestación de un servicio público lleve a cabo tratamientos de datos personales, ésta tiene la consideración de encargada del tratamiento y hay que firmar necesariamente un contrato del art. 12 LOPD, debiendo incorporar a los pliegos de los contratos las cláusulas exigidas en ese precepto. Esto ocurre “cuando la contratación implica el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea *responsable* la entidad contratante”. Así, cuando la empresa va a prestar un servicio público y va a acceder a datos personales de cuyo tratamiento siga siendo responsable al Administración –porque decide sobre la finalidad, contenido y uso de los mismos-, la empresa no podrá ser otra cosa que encargada del tratamiento. Sin embargo, no es lo mismo un contrato de servicios, donde la empresa privada actúa siempre en nombre de la Administración y es encargada del tratamiento –presta un servicio directamente a la Administración- que un contrato de gestión de un servicio público donde la empresa privada puede ser responsable del fichero. La externalización no supone únicamente el acceso a datos personales para prestar un servicio al responsable del fichero –a la Administración Pública- sino que también puede conllevar la asunción de la responsabilidad de prestación del servicio público por parte de la empresa privada. En este caso, la empresa va a emplear los datos no para una finalidad decidida por Administración sino que va a ser la propia empresa la que “decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento” –art. 3.d) LOPD-, asumiendo la dirección y el control del tratamiento de datos personales necesario para la prestación del servicio, por lo que tiene el carácter de responsable del fichero. Por tanto, es necesario analizar cada caso concreto para determinar si la externalización de un servicio público implica un encargado de tratamiento privado de un fichero público o un responsable de fichero privado.

2. El régimen jurídico aplicable al encargo de tratamiento privado de fichero público

Lógicamente, la determinación de si la empresa privada es responsable del fichero privado o es encargada de tratamiento de un fichero pú-

responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento. También se incorpora a la LCAP la previsión del proyecto de Reglamento en relación con la subcontratación de servicios por parte del encargado del tratamiento –manteniendo el responsable el control del tratamiento-, que se recogían ya en Informes previos de la Agencia Española. El art. 21 del Reglamento introdujo posteriormente también la posibilidad de una subcontratación no prevista en el contrato –una posibilidad no mencionada en la LCAP-, lo que en todo caso requerirá el cumplimiento de la legislación de contratación administrativa.

blico tiene unas consecuencias formales. El encargo de tratamiento debe estar regulado en un contrato, que debe constar “por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido” –art. 12.2 LOPD-, consecuencia de la relación jurídica que le vincula con el responsable y que delimita el ámbito de actuación para la prestación de un servicio –art. 5.1.i) Reglamento-⁶². Hemos insistido en las consecuencias formales ya que, si bien para que una empresa privada pueda actuar como encargada del tratamiento es necesario que exista un contrato –si no existiera se entendería que estamos ante una cesión-, el hecho de que exista un contrato del art. 12 LOPD no convierte a una empresa privada que trata los datos por su cuenta, decide la finalidad del tratamiento y crea un vínculo jurídico nuevo con el ciudadano en encargada del tratamiento ya que materialmente estamos en presencia de un responsable de fichero privado. Si bien no existe un encargo de tratamiento si no hay un contrato del art. 12 LOPD –la afirmación del encargo queda supeditado a la existencia del un contrato que justifique el acceso para la prestación de un servicio al responsable; e-, la sólo presencia del contrato no afirma la existencia de un encargo de tratamiento. Por otra parte, es interesante verificar también si existe un fichero público creado por la Administración responsable a través de una disposición de carácter general –art. 20 LOPD- y se produce un acceso de un tercero “necesario para la prestación de un servicio al responsable” –art. 12.1 LOPD. Si el fichero es creado por una Administración Pública, el responsable del fichero será siempre la Administración Pública mientras que la entidad privada tendrá la consideración de encargada del tratamiento, salvo que exista una cesión de datos personales en virtud del art. 11 LOPD. En cambio, si el contratista es un responsable de fichero privado debe notificar la creación, modificación o supresión de ficheros a la Agencia Española de Protección de Datos –arts. 25-26 LOPD-.

⁶² El art. 9.3 de la Directiva 95/46/CE ya exigía que la realización de tratamientos por encargo “deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento”. También el art. 27.1 de la LORTAD señalaba que quienes por cuenta de terceros presten servicios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal “no podrán aplicar o utilizar los obtenidos con fin distinto al que figure en el contrato”. La Disposición Adicional 31 LCSP señala que “las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito”, no permitiendo otras formas que acrediten su celebración. Lo razonable es que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas incorporen las obligaciones establecidas en el art. 12 LOPD, de manera que la empresa conozca sus obligaciones con anterioridad a la presentación de la proposición. En el caso de los contratos menores, donde no existe documento contractual ni pliegos de cláusulas y prescripciones administrativas y técnicas, debe recogerse las obligaciones del encargo de tratamiento de forma escrita, lo que exige un acuerdo o contrato que incorpore las previsiones del art. 12 LOPD.

Como es sabido, la existencia de un encargo de tratamiento y no de una cesión de datos personales elude la exigencia del consentimiento del interesado o de la presencia de alguna de las excepciones al consentimiento establecidas en el art. 11.2 LOPD. De hecho, el encargo de tratamiento está regulado como una excepción al régimen de cesión de datos –“no se considerará comunicación de datos”-. No hace falta tampoco informar a los interesados de la existencia de un encargo de tratamiento de un fichero público⁶³. En cambio, la consideración de la empresa como responsable del fichero implica que se ha producido una cesión de datos personales, lo que exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 11 LOPD, en especial, el consentimiento del interesado, si bien este precepto permite excepcionar este consentimiento cuando exista una autorización por Ley o cuando la cesión responda “a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique” –art. 11.2.c) LOPD–⁶⁴. Frecuentemente la excepción será esta última, si bien en otras ocasiones también es posible la autorización legal⁶⁵. Así, es la relación jurídica -de supremacía general- existente entre la Administración y los ciudadanos –que lleva consigo un conjunto de obligaciones por parte de ésta- lo que implica que los ciudadanos deban asumir comunicaciones de datos a empresas privadas para que éstas puedan prestar servicios públicos que son de titularidad de la Administración. Si bien como regla general es necesario la información al interesado de la comunicación de sus datos a empresas privadas, la existencia de la excepción de la relación negocial o el hecho de que la cesión venga impuesta por una Ley supone un excepción a la información al interesado de la cesión -art. 27 LOPD-.

⁶³ La Ley 8/2001, de 13 de julio, de la Comunidad de Madrid obliga a la Administración a comunicar a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, con carácter previo a su perfeccionamiento, los contratos de encargo de tratamiento de datos –el legislador habla impropriadamente de servicios de tratamiento de datos, siguiendo la terminología del art. 27 LORTAD-, lo que permite a la Agencia evacuar un informe al respecto. Este informe faculta un control previo, no sólo de la presencia de las cláusulas del art. 12 LOPD en los contratos sino también de que el encargo formal no encubra un responsable material. El art. 55.2 del Reglamento de desarrollo ha introducido la obligación de comunicar al Registro General de Protección de Datos la identificación del encargado del tratamiento donde se encuentre ubicado el fichero, aunque esta previsión no obliga a comunicar el contenido del contrato ni hacerlo con carácter previo a su perfeccionamiento.

⁶⁴ La cesión de datos de salud requiere el consentimiento expreso o la habilitación legal, por lo que no le es de aplicación la excepción del art. 11.2.c) LOPD.

⁶⁵ La legislación de la Comunidad de Madrid prevé expresamente esta cesión. La existencia de un contrato con una empresa privada no implicaría, a nuestro juicio, que la habilitación legal fuera la Ley de Contratos del Sector Público sino la existencia de una relación negocial –art. 11.2.c) LOPD-.

Además, la determinación de si estamos ante un encargado de tratamiento privado de ficheros públicos o un responsable de fichero privado es importante a los efectos de determinar el régimen jurídico de los ficheros de datos personales. Llegados a este punto es necesario precisar el régimen jurídico del encargado de tratamiento privado que gestiona ficheros públicos. Los ficheros creados por las Administraciones Públicas, aunque se encuentren gestionados por empresas privadas, conservan el régimen jurídico de ficheros públicos, aunque el tratamiento no lo lleve a cabo la Administración sino una empresa privada que actúa en nombre y por cuenta de ésta. El acceso a datos personales que lleva a cabo el encargado de tratamiento privado es necesario para la prestación de un servicio a la Administración; el encargado actúa de cara al ciudadano como si fuera la Administración. Así, los datos que se recaban para una Administración Pública siguen el régimen jurídico de los ficheros públicos antes analizado –por ejemplo, la forma de declaración de los ficheros, los límites a la cancelación de la información, la excepción del consentimiento para el tratamiento, la habilitación legal para la cesión en los supuestos de acceso a información administrativa⁶⁶- con independencia de la gestión indirecta del mismo que el ciudadano no tiene por qué conocer. En cambio, los ficheros de responsables privados tienen el carácter de ficheros privados y siguen su régimen jurídico específico. Es importante seguir la pista del fichero público ya que cualquiera que acceda al mismo será como encargado del tratamiento privado o como cesión de datos personales. Unos datos que han sido recogidos para una Administración Pública con un régimen jurídico de ficheros públicos no pueden seguir el régimen jurídico de los ficheros privados salvo que se produzca una cesión dentro de las previsiones de la LOPD. Por tanto, el ciudadano se encuentra en una situación parcialmente distinta en el ámbito de la prestación de un servicio público frente a encargados de tratamiento privados de ficheros públicos -que son responsabilidad de la Administración- que frente a un responsable de ficheros privados⁶⁷. Esto

⁶⁶ Hay que señalar que los encargados de tratamiento privados provienen frecuentemente de externalizaciones de servicios públicos –no de funciones públicas de soberanía o del ejercicio de potestades de derecho público- ya que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece –art. 251- que “en ningún caso podrá prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”. Esto significa que el consentimiento para el tratamiento de datos personales está excepcionado al referirse a las partes de una relación administrativa y no tanto por el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, salvo que exista una actividad de colaboración en la función pública de soberanía.

⁶⁷ Que el hecho de que un servicio público se preste de una manera o de otra genere situaciones jurídicas distintas no debe extrañarnos ya que la empresa privada contratista es titular de derechos fundamentales –por ejemplo, la libertad ideológica-, algo de lo que carece la Administración. Así, no es lo mismo

obliga, dentro del ámbito de una empresa privada que desarrolla muchas actividades distintas y en todo el territorio nacional a diferenciar claramente los supuestos en los que es encargada de tratamiento privado de un fichero público de aquellos en los que es responsable de ficheros, algo que tiene también consecuencias para la empresa privada en relación con la autoridad de control competente.

No obstante, existe una excepción a este criterio, que se produce en el régimen sancionador. Así, “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” –art. 12.4 LOPD-⁶⁸. Así, si bien el art. 46 LOPD establece las “infracciones de los ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas” -lo que centra la cuestión no en la entidad que comete la infracción sino en el responsable del fichero respecto del cual se haya cometido la infracción-, esto sólo tiene sentido si el encargado de tratamiento ha cometido la infracción siguiendo las instrucciones del responsable del fichero. En cambio, cuando concurren alguno de los elementos previstos en el artículo 12.4 LOPD –utilización de datos personales para finalidades propias, incumplimiento de las estipulaciones establecidas en el contrato-, el encargado deja de actuar por cuenta de la Administración sino que pasa a ser responsable del fichero, que no sería ya público sino privado, al que habría de aplicarle las sanciones correspondientes a los ficheros privados establecidas en el art. 45 LOPD. De hecho, las sanciones económicas tienen pleno sentido cuando las infracciones las cometen empresas privadas. Otra posibilidad sería considerar que la infracción cometida por el encargado del tratamiento siguiera el régimen jurídico del fichero. Ya que el fichero es público, la infracción sería de Administraciones Públicas a pesar de que quien la cometa sea un encargado de tratamiento privado. Sin embargo, no parece adecuado declarar una infracción de Administraciones Públicas a entidades privadas. Tampoco tiene mucho sentido aplicar a empresas privadas otras previsiones del art. 46 LOPD como es la comunicación al órgano del que dependa jerárquicamente, la iniciación de actuaciones disciplinarias siguiendo el régimen disciplinario de las Administraciones

que el servicio público educativo lo preste un Colegio Público que un Colegio Religioso concertado –por ejemplo, en lo que hace referencia al compromiso con el ideario o a la libertad docente de los profesores-

⁶⁸ Lógicamente, el incumplimiento por parte del contratista de lo previsto en el art. 12 LOPD implica el deber de resolución del contrato, algo establecido expresamente por el art. 9.4 de la Ley 8/2001, de 13 de julio.

Públicas y la comunicación al Defensor del Pueblo –que es una garantía de los derechos fundamentales para las Administraciones Públicas⁶⁹. De hecho, la infracción no la comete la Administración Pública responsable del fichero siempre que cumpla lo establecido en el art. 12 LOPD. No se le va a achacar a la Administración una infracción que no ha cometido. Además, esto estaría en contra del propio espíritu del art. 12.4 LOPD que establece expresamente que si el encargado del tratamiento incumple sus obligaciones “será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”. Se trataría de una infracción cometida por una entidad privada que se sometería al régimen sancionador de los ficheros privados. Además, el incumplimiento de lo previsto en la LOPD por el encargado del tratamiento tiene como consecuencia la obligación de indemnizar a los interesados que sufran daño o lesión en sus bienes o derechos –art. 19-. Al igual que hemos señalado anteriormente y pesar de que se trate de ficheros de titularidad pública, lo razonable es que la acción se ejerza ante los órganos de la jurisdicción ordinaria ya que el encargado responde como responsable del fichero⁷⁰.

En todo caso, hay que reconocer que la imposición de sanciones económicas se enfrenta con el problema de que la legislación autonómica, si bien ha atribuido a las Agencias Autonómicas el control de los encargados de tratamiento privado de ficheros públicos, no ha previsto expresamente la posibilidad de imponer sanciones económicas, lo que no sólo tiene consecuencias en relación con la distribución competencial entre Agencia Española y Agencias Autonómicas sino también en relación con el principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Así, la Ley 5/2002, de Cataluña y la Ley 8/2001, de la Comunidad de Madrid, a diferencia de la Ley 2/2004, del País Vasco –art. 23-⁷¹, no prevén expresamente sanciones económicas por lo que su

⁶⁹ Por ello, llama la atención que la Resolución de la ACPD núm. 8/2008 relativa a la empresa ACESA que era responsable de fichero privado –y no encargada de tratamiento de un fichero público-, además de imponer una sanción económica, comunique la resolución al *Sindic de Greuges*, si bien esto se ajusta literalmente a la previsión del art. 16.4 de la Ley 5/2002.

⁷⁰ En todo caso hay que señalar que la Disposición adicional duodécima de la LRJAP y PAC, incorporada mediante la Ley 4/1999, ha establecido que la responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados del Sistema Nacional de Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, así como las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

⁷¹ La inclusión en la Ley 2/2004, de 25 de febrero, del País Vasco de un Título III “Régimen sancionador” ha facilitado la Resolución 09-002, que impone a Futuro para Barakaldo, una encargada de tratamiento privado de un fichero público, “por infracción del artículo 19 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero,

imposición podría suponer una vulneración del principio de legalidad sancionadora –art. 25 CE-. En virtud de este criterio, la Agencia Autónoma puede controlar a los encargados de tratamiento que gestionan ficheros públicos, pero si estos incumplen la legislación y se convierten en responsables privados, la Agencia Española sería la que impusiera las correspondientes sanciones económicas, hasta que la legislación autonómica no establezca esta previsión expresamente. La exigencia de seguridad jurídica impediría a una Agencia Autónoma la posibilidad de dictar sanciones económicas cuando no se encuentra previstas en su Ley Autónoma –ni en su Estatuto o en el Decreto que regula el ejercicio de la potestad sancionadora-, evitando, de esta forma, que la resolución pueda ser considerada nula de pleno derecho en virtud del art. 62 LRJAP y PAC-. Sin embargo, el especial sometimiento al principio de legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y la necesidad de interpretar de manera restrictiva la normativa que la regula –que impide la analogía en el procedimiento sancionador y la ampliación de los tipos *in malam partem*-⁷² no impide que una ley autonómica pueda remitirse expresamente al régimen de infracciones y sanciones de una Ley Orgánica, sin necesidad de reproducirlo íntegramente. Así, el art. 16.1 Ley 5/2002, de 19 de abril, de Cataluña establece que “los responsables de los ficheros de datos personales incluidos dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley y los encargados de los tratamientos correspondientes están sujetos al régimen sancionador que establece el Título VII de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”, lo que a todas luces parece una cobertura suficiente a la aplicación tanto de los tipos de infracciones del art. 44 LOPD como de las sanciones económicas del art. 45 LOPD y como de las infracciones de las Administraciones Públicas del art. 46 LOPD-⁷³.

de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, tipificada como grave en el artículo 22.3.i) de la misma Ley, una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintidós céntimos), de conformidad con lo establecido en el artículo 23.2 y 4 de la referida Ley 2/2004, de 25 de febrero”.

⁷² Esta es una cuestión sobre la que hemos insistido al afirmar que el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el “Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados” no puede servir para declarar una infracción para ficheros manual-estructurados ya que esto supondría una vulneración del principio de tipicidad y una interpretación extensiva del tipo *in malam partem*, lo que es incompatible con el principio de legalidad establecido en el art. 25 CE. Cfr. nuestra “Introducción y Presentación” a *Seguridad y Protección de datos personales*, Civitas-APDCM, 2009, págs. 19-20.

⁷³ La Resolución de la Agencia Catalana de Protección de Datos núm. 8/2008 relativa a ACESA señaló que esta empresa privada como responsable de fichero privado –no era encargada de tratamiento de fichero público- había incurrido en una infracción de carácter grave de las previstas al artículo 44.3.d) LOPD por vulneración del art. 6 LOPD, por lo que se le impuso la sanción de 60.101, 21 euros –establecida en

En cambio, la Ley 8/2001, de 13 de julio, de la Comunidad de Madrid, en una regulación francamente defectuosa, sólo menciona en el art. 12 –titulado “Responsabilidad disciplinaria”– que “los responsables de ficheros y los encargados de los tratamientos de datos de carácter personal estarán sujetos al régimen de infracciones previsto en el Título VII de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, excepto en lo que se refiere al procedimiento y al régimen de sanciones aplicable, que será el previsto en la legislación de régimen disciplinario de las Administraciones

el art. 45.2 de la LOPD-. Esta Resolución ha tenido el problema de la cobertura legal de la competencia de la Agencia Catalana sobre los responsables de ficheros privados, que debe estar prevista en una Ley. La competencia de la Agencia Catalana, como señalaremos más adelante, no proviene claramente de la Ley 5/2002 sino del Estatuto de Cataluña que todavía no había sido desarrollado por Ley Autonómica. La sanción económica se dicta en virtud de la LOPD, ya que la Ley 5/2002 de Cataluña no incorpora sanciones económicas. Por ello, esta Resolución tuvo que resolver una alegación previa de los recurrentes relativa a la falta de competencia de la Agencia Catalana para iniciar y resolver el procedimiento sancionador, lo que implicaba la nulidad de las actuaciones y de los actos dictados –art. 62.2.b) LRJAP y PAC. La Resolución de la ACPD relativa a ACESA señala que “es competente para resolver este procedimiento sancionador la directora de la Agencia Catalana de Protección de Datos, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalitat, en relación con el artículo 5.1.i) de la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos en relación con el artículo 15.1.j) del Decreto 48/2003, de 20 de febrero, por el cual se aprueba el Estatuto de la Agencia Catalana de Protección de Datos”. La Agencia Catalana señala que, “en contra de lo que manifiesta la empresa, no es necesario que *mediante la norma correspondiente, se determine qué entidad u organismo autonómico será el competente*. La Agencia Catalana de Protección de Datos encaja, sin ningún tipo de esfuerzo, en el concepto previsto en el EAC de autoridad independiente que tiene atribuidas las competencias de la Generalitat en materia de protección de datos de carácter personal, y por lo tanto es evidente que a esta autoridad de control (concepto utilizado ya por el propio art. 3.1 de la Ley 5/2002) le correspondía asumir, a la entrada en vigor del EAC, las competencias previstas en el artículo 156”. Incide –a nuestro juicio con una brillante argumentación– la Agencia Catalana sobre la eficacia inmediata del Estatuto de Autonomía de Cataluña: “Ciertamente, el artículo 127.1 de la Ley 30/92 exige que la potestad sancionadora se atribuya mediante una norma con rango de ley. Pues bien, este requisito se cumple sobradamente en el presente supuesto, como resultado de la aplicación conjunta del EAC, la LOPD y la Ley 5/2002, las cuales reconocen la competencia de la Agencia para ejercer, su potestad sancionadora. Por otra parte, y ante la invocación de nulidad de pleno derecho en base al artículo 62.1.b) de la Ley 30/92, no es sobrero advertir que el precepto esgrimido por ACESA determina la nulidad de los actos dictados por “*órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*”. Así, tal como se infiere claramente del precepto, para que estemos ante un acto nulo de pleno derecho, no es suficiente que sufra un vicio de incompetencia territorial o material, sino que esta eventual incompetencia tendría que ser manifiesta. En consecuencia, y por todas las razones que se han expuesto hasta aquí, la alegación previa de nulidad por incompetencia de la Agencia en el presente procedimiento, no puede prosperar”. Con anterioridad, había señalado la Resolución de la Agencia Catalana que “hay que tener en cuenta que estamos hablando de la atribución de una competencia ejecutiva, de manera que a diferencia de lo que sucede con las competencias exclusivas o compartidas, no incorpora la potestad legislativa sino sólo la potestad reglamentaria, que incluye la de organización. Así pues, el ejercicio de la competencia ejecutiva prevista en el artículo 156 del EAC no requiere concreción ni desarrollo legislativo, ya que el marco normativo aplicable está configurado por normas estatales. *d. La constitución de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, que vele por la garantía del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de las competencias de la Generalitat*”.

Públicas. En caso de comisión de alguna de las infracciones previstas en el artículo 44 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, el Director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid dictará resolución estableciendo las medidas que proceda adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Dicha resolución se comunicará al responsable del fichero, al órgano del que depende jerárquicamente y a los afectados, si los hubiese. Dicha atribución se entiende sin perjuicio de la competencia atribuida a la Agencia de Protección de Datos del Estado en el artículo 46 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. 3. El Director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid también podrá proponer, si procede, el inicio de las correspondientes actuaciones disciplinarias”. Este precepto mezcla la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos con el régimen de infracciones y sanciones, lo que hace que se exceptúe el régimen de sanciones previsto en la LOPD, lo que no permite afirmar en el caso de la Comunidad de Madrid, la vigencia del régimen sancionador establecido en el art. 45 LOPD hasta que se establezca una expresa remisión por el legislador autonómico⁷⁴.

En todo caso, el derecho fundamental a la protección de datos personales no se ve afectado sustancialmente por una externalización de los servicios públicos, tanto en el caso de que la empresa privada sea encargada del tratamiento privado de un fichero público o sea responsable de un fichero privado. Así, por ejemplo, las medidas de seguridad a las que está obligado el responsable del fichero no se ven mermadas por el abandono de la gestión directa⁷⁵. Además, la Administración Pública no limita su responsabilidad cuando existe un encargo de tratamiento a la inclusión de un conjunto de cláusulas en un contrato⁷⁶. El Reglamento de desarro-

⁷⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 8/2001, de 13 de julio, es igualmente confusa en esta cuestión. Señala que “el Capítulo III recoge una serie de disposiciones respecto de los responsables de ficheros, estableciendo que los responsables de los ficheros y demás intervinientes en el tratamiento de datos de carácter personal están sujetos al régimen de infracciones previstas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, si bien, considerando que esos responsables son siempre empleados públicos, en el supuesto de comisión de dichas infracciones serán sancionados de acuerdo con el procedimiento y sanciones previstas en la legislación de régimen disciplinario de las Administraciones Públicas. En estos casos, se habilita al Director de la Agencia para que adopte las medidas que procedan para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción; para que proponga, en su caso, el inicio del correspondiente procedimiento disciplinario; y, en determinados casos a que inmovilice aquellos ficheros cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 49 de la Ley Orgánica 15/1999”.

⁷⁵ Las mismas medidas que tiene que implantar la Administración debe cumplirlas el encargado –están estipuladas en el contrato ex art. 12.3 LOPD– y el responsable de fichero privado.

⁷⁶ No obstante, las Agencias de Protección de Datos sólo pueden declarar una infracción en un caso claro, no en un caso oscuro, como hemos señalado en otro momento. Así, no se puede declarar una infracción

llo de la LOPD señala que “cuando el responsable del tratamiento contrate la prestación de un servicio que comporte un tratamiento de datos personales sometido a lo dispuesto en este capítulo deberá velar por que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento” –art. 20.2–. Esto obliga al responsable del fichero a valorar la capacidad que tiene el encargado del tratamiento de cumplir las exigencias establecidas en la legislación de protección de datos, tanto en el momento previo a la adjudicación del contrato -una responsabilidad *in eligendo*⁷⁷ como durante el desarrollo del mismo, lo que implica un deber de vigilancia –una responsabilidad *in vigilando*-. Así, es razonable que el responsable del fichero exija al encargado con anterioridad a la adjudicación del contrato el documento de seguridad o el informe de auditoría para verificar el grado de cumplimiento de las medidas de seguridad. El responsable del fichero tienen siempre la posibilidad de dictar instrucciones al encargado del tratamiento -art. 12.2 LOPD-. Además, la Administración ha de entregar al encargado de tratamiento privado la información mínima imprescindible para que pueda realizar el servicio contratado como exigencia del principio de calidad. En todo caso, el ciudadano debe conocer en todo momento quién tiene la responsabilidad sobre los tratamientos de datos personales. La determinación del responsable es importante no sólo a los efectos de la declaración del fichero sino también para el cumplimiento de los principios y para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación⁷⁸, así como para el conocimiento de cuál es la autoridad de control competente.

a una Administración Pública por no crear un fichero público cuando la Administración pueda entender razonablemente que la empresa privada que gestiona un servicio público es una responsable de fichero privado y no una encargada de tratamiento de un fichero público. Así lo ha entendido –a nuestro juicio acertadamente– la Agencia Vasca de Protección de Datos. Así, la Resolución 09-002 afirma que “el fichero de vidiovigilancia del CIS es un fichero de titularidad pública, aunque creado sin las formalidades exigidas en el artículo 20 de la LOPD, cuyo responsable es el Ayuntamiento de Barakaldo. Futuro de Barakaldo UTE, es un mero encargado del tratamiento que accede a los datos personales por cuenta del Ayuntamiento en virtud del contrato administrativo suscrito”. Sin embargo, el fichero había sido notificado a la Agencia Española por la empresa privada como responsable. La Agencia Vasca se limitó a declarar una sanción económica de sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos por obstrucción al ejercicio de la función inspectora, sin declarar al Ayuntamiento de Barakaldo la infracción de Administración Pública por no declarar el fichero público correspondiente.

⁷⁷ La adecuada selección de encargado del tratamiento es una obligación del órgano de contratación, que no siempre será el responsable del fichero, lo que tiene unas implicaciones en la que no podemos detenernos ahora.

⁷⁸ La posibilidad de ejercicio de derechos a través del encargado está previsto en el art. 26 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

El hecho de que una empresa privada sea una encargada del tratamiento de un fichero público o una responsable de fichero privado ha sido valorado a la hora de llevar a cabo la distribución competencial entre la Agencia Española y las Agencias Autonómicas de Protección de Datos⁷⁹. Así, el art. 41.1 LOPD ha atribuido a las Agencia Autonómicas el ejercicio de competencias cuando afecten a ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración Local de su ámbito territorial, de forma que las Agencias Autonómicas no son sólo competentes sobre los ficheros creados y gestionados sino también por los ficheros creados pero no gestionados por las Administraciones Públicas de su ámbito territorial, lo que alcanza a las empresas privadas que gestionan ficheros públicos. Esta posibilidad ha sido tenida en cuenta por la Ley de la Comunidad de Madrid, la Ley del País Vasco y la Ley Catalana que han atribuido a sus Agencias Autonómicas competencias sobre los ficheros *creados* por sus Administraciones Públicas aunque no se encuentren gestionados por las mismas⁸⁰. De esta forma, las Agencias Autonómicas asumen el control el control de los encargados de tratamiento privado de ficheros públicos- pero no el control de los ficheros de titularidad de empresas privadas –art. 41 LOPD-⁸¹.

⁷⁹ Cfr. A. Troncoso, “Comunidades Autónomas y protección de datos personales”, págs. 102-106.

⁸⁰ El hecho de que la empresa privada sea responsable determinados ficheros privados al tiempo que es encargada de tratamiento de ficheros públicos hace que en muchas ocasiones esta empresa esté sometida a dos regulaciones distintas del ejercicio del derecho en aquello que no sean condiciones básicas y a dos autoridades de control distintas –Española y autonómica-. Así, la Agencia Autonómica llevaría a cabo la actividad de inspección sobre los ficheros públicos en los que la empresa es encargada del tratamiento y la Agencia Española controlaría el resto de ficheros privados de la empresa. Muchos ficheros y tratamientos se hacen en los mismos soportes físicos lo que originaría que sobre el cumplimiento de medidas de seguridad habría dos inspecciones de dos órganos de control diferentes, lo cual no sólo va en contra de los principios de eficacia y eficiencia administrativa –al tener que duplicarse las actividades inspectoras-, sino que obliga al ciudadano a tramitar denuncias distintas –esto último puede evitarse con la remisión de oficio que hace cada Agencia de la denuncia a la que ostente la competencia-. Hemos hablado en otro momento de las posibilidades de simplificación que aportan la encomienda de gestión en el ámbito de la inspección. También hemos defendido como propuesta de *lege ferenda* que la distribución competencial no se haga en torno al fichero sino en torno al responsable. Cfr. A. TRONCOSO, *op. cit.*

⁸¹ Así, el art. 3.2 de la Ley 5/2002, del Parlamento de Cataluña extendía el control de la Agencia Catalana a los ficheros públicos –eran creados por las administraciones y otras entidades autónomas que dependen de las Administraciones, un ámbito en todo caso bastante confuso- cuando fueran gestionados por cualquier entidad privada que prestara un servicio público, fuera o no concesionaria de éste o por sociedades mercantiles cuando llevaran a cabo actividades por cuenta de una Administración Pública, lo que estaba dentro del marco del art. 41.1 LOPD. El hecho de que las Agencias Autonómicas sólo tengan competencias sobre las empresas privadas que sean encargadas de tratamiento de ficheros públicos y no sobre responsables de ficheros privados ha hecho que muchas Agencias Autonómicas mantengan el criterio de que la gestión indirecta de servicios públicos a través de empresas privadas crea siempre encargadas de tratamiento privado de ficheros públicos. Sin embargo, hasta la reforma estatutaria la Agencia Catalana no ha sido competente sobre los ficheros de historias clínicas de los centros sanitarios concertados dentro

del Servicio Catalán de Salud, que, como señalaremos más adelante, son responsables de ficheros privados y no encargados de tratamiento privado de fichero público. Como hemos mantenido en otro momento, el Estatuto de Cataluña de 2006 amplía las competencias de la Agencia Catalana a “la inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat, las administraciones locales de Cataluña, las entidades autónomas y las demás *entidades de derecho público o privado* que dependen de las administraciones autonómica o locales o *que prestan servicios o realizan actividades por cuenta propia* a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta, y las universidades que integran el sistema universitario catalán” –art. 156-. Si bien estamos en presencia de un precepto confuso, parece que pretende extender las competencias de la Agencia Catalana a las empresa privadas que sean responsables de ficheros privados –actúan no solo por cuenta de la Administración sino por cuenta propia- y presten servicios públicos, lo que obliga a precisar si todos los ficheros de estas entidades privadas que prestan servicios o trabajan para la Administración son competencia de la Agencia Catalana o sólo aquellos ficheros orientados a la prestación de los servicios –una difícil delimitación-, además de la complejidad de precisar qué actividades tienen el carácter de servicios públicos o qué tratamientos se hacen dentro o fuera de Cataluña. La Agencia Catalana no ha podido ejercer competencias sobre responsables de ficheros privados en régimen de concesión o de concierto hasta esta reforma estatutaria. De esta forma, cualquier Comunidad Autónoma que desee tener competencias sobre responsables de ficheros privados que presten servicios públicos tiene que incluirlo en su Estatuto de autonomía, ya que esto no cabe dentro del art. 41 LOPD. Esta es una cuestión que hemos analizado en A. TRONCOSO REIGADA, “Las Comunidades Autónomas”, cit. págs. 103-104 y 109-112. Lógicamente, este precepto del Estatuto de Cataluña no significa en absoluto que las entidades privadas que prestan servicios públicos en régimen de concesión o de concierto sean encargadas de tratamiento privado de ficheros públicos. Si fuera así no hubiera sido necesario la previsión del Estatuto –bastaría la redacción del 41 LOPD-.

Por ello, es muy interesante a estos efectos la Resolución de la Agencia Catalana de Protección de Datos relativa a la empresa ACESA, una sociedad mercantil privada. Así, la Agencia Catalana considera a esta empresa como un responsable privado de un fichero, a pesar de ser una concesionaria de un servicio público de autopistas. Además, asume la competencia de control sobre los responsables de fichero privado en virtud de la previsión del art. 156.a) del Estatuto de Cataluña de 2006, que ha entrado en vigor: “Así, la empresa ACESA hizo una alegación previa relativa a la falta de competencia de la Agencia Catalana de Protección de Datos para iniciar y resolver el procedimiento sancionador: “ACESA basa esta alegación en el artículo 3 de la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, en relación con el artículo 41 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD). Manifiesta la empresa que *“para que la Agencia Catalana de Protección de Datos pueda ejercer algún tipo de control sobre los datos personales, o se trata de tratamientos realizados por la Administración pública autonómica o local o por los organismos públicos que se citan en el apartado primero, o se trata de ficheros creados por éstos, pero gestionados por entidades públicas o privadas”*. Y continúa alegando que *“en caso de que ahora nos ocupa, ACESA no es una Administración Pública, ni ningún organismo o ente de los citados en el artículo 3.1. ACESA es una sociedad mercantil privada, concesionaria de autopistas. Por lo tanto, al tener esta naturaleza jurídica, ACESA queda automáticamente fuera del ámbito de actuación regulado en el apartado 1 del artículo 3”*. También manifiesta que pasa lo mismo respecto al ámbito de actuación regulado en el apartado 2 del artículo 3, ya que el fichero al cual se refiere este procedimiento sancionador no fue creado por ninguna administración pública catalana ni por ninguna de las entidades referidas al artículo 3.1 de la Ley 5/2002. ACESA descarta que este régimen competencial se pueda considerar alterado por el artículo 156 de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC). A criterio de la empresa, la ampliación competencial llevada a cabo por el EAC requiere para ser efectiva que se determine, mediante la norma correspondiente, qué entidad u organismo autonómico será el competente para su ejercicio. Mientras no se ha efectuado esta *“concreción y desarrollo a través de la Ley correspondiente”*, entiende la empresa, las competencias de la Agencia Catalana de Protección de Datos son las que le atribuye la Ley 5/2002 y no otras. Esta alegación no puede prosperar, por las razones que acto seguido se señalan. El artículo 156 de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de

Por último, la externalización de un servicio público conlleva, como hemos señalado, bien la cesión de datos personales a una empresa privada –que pasa a ser responsable de fichero–, bien el acceso a datos personales del responsable por cuenta del encargado del tratamiento privado de un fichero público. Sin embargo, en ocasiones, la relación contractual entre la Administración y un contratista puede requerir que la Administración

reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece el siguiente: “Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de protección de datos de carácter personal que, respetando las garantías de los derechos fundamentales en esta materia, incluye en todo caso: a. La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat, las administraciones locales de Cataluña, las entidades autónomas y las demás entidades de derecho público o privado que dependen de las administraciones autonómica o locales o que prestan servicios o realizan actividades por cuenta propia a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta, y las universidades que integran el sistema universitario catalán. b. La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal privados creados o gestionados por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas con relación a materias que son competencia de la Generalitat o de los entes locales de Cataluña si el tratamiento se efectúa en Cataluña. c. La inscripción y el control de los ficheros y los tratamientos de datos que creen o gestionen las corporaciones de derecho público que ejerzan sus funciones exclusivamente en el ámbito territorial de Cataluña. d. La constitución de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, que vele por la garantía del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de las competencias de la Generalitat”. El artículo 2 del Código Civil establece: “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”. El Estatuto de Autonomía de Cataluña entró en vigor con anterioridad a la comisión de la infracción que aquí se imputa, de manera que la atribución competencial allí prevista está plenamente aplicable al presente caso, sin necesidad de una ley que la concrete o la despliegue. Hay que tener en cuenta que estamos hablando de la atribución de una competencia ejecutiva, de manera que a diferencia de lo que sucede con las competencias exclusivas o compartidas, no incorpora la potestad legislativa sino sólo la potestad reglamentaria, que incluye la de organización. Así pues, el ejercicio de la competencia ejecutiva prevista en el artículo 156 del EAC no requiere concreción ni desarrollo legislativo, ya que el marco normativo aplicable está configurado por normas estatales. En contra de aquello que manifiesta ACESA, del artículo 3.2 de la Ley 5/2002 ya se podía inferir la competencia de la Agencia Catalana de Protección de Datos en un supuesto como el presente, dado que dicho precepto se refería también a los ficheros gestionados por entidades privadas en la prestación de servicios públicos. No obstante, se trataría ésta de una cuestión irrelevante en el presente caso, dado que los hechos que aquí se imputan se cometieron con posterioridad a la entrada en vigor del EAC. Así pues, de acuerdo con el previsto en el artículo 156 del EAC, corresponde a la Agencia Catalana de Protección de Datos, como a Institución de la Generalitat que tiene encomendada las funciones de control en materia de protección de datos, ejercer sus competencias sobre las entidades de derecho público o privado que prestan servicios o cumplen actividades por cuenta propia por medio de cualquier forma de gestión directa o indirecta. La sociedad ACESA es concesionaria de la Generalitat de Catalunya para la construcción, la conservación y la explotación de autopistas y gestión de carreteras. Por lo tanto, ACESA está gestionando un servicio público que es competencia de la Generalitat de Catalunya, en régimen de concesión, cosa que permite su completa inclusión dentro de los supuestos relacionados en el apartado a) del artículo 156 del EAC”. La Resolución también deja caer que del artículo 3.2 de la Ley 5/2002 ya se *podía inferir* la competencia de la Agencia Catalana dado que dicho precepto se refería también a los *ficheros gestionados* por entidades privadas en la prestación de servicios públicos. A nuestro juicio, esto es incompatible con atribuir a ACESA la responsabilidad del fichero –de trata de ficheros creados pero no gestioandos–.

acceda a datos personales de éste último⁸². Este acceso no estaría justificado ni siquiera en la figura del encargo de tratamiento. No obstante, la comunicación de datos de trabajadores desde el contratista a la Administración Pública es una cesión de datos personales que puede hacerse sin consentimiento de las personas. Esta posibilidad, además, se encuentra prevista expresamente para algunos supuestos en la Ley de Contratos del Sector Público ya citada, lo que supondría, en ese caso, una habilitación legal para la cesión –art. 11.2.a) LOPD-. Así, en ocasiones, es necesario que la empresa acredite una solvencia técnica que obliga a que ésta ponga en conocimiento de la Administración, entre otros extremos, la “indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad” –art. 67.b) Ley de Contratos del Sector Público– o las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato –art. 67.b) y e) de la Ley de Contratos del Sector Público. Para los supuestos no previstos expresamente en la Ley, es razonable entender que la cesión de datos personales desde la empresa a la Administración “responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”, aunque debe limitarse a la finalidad que la justifique –art. 11.2.c) LOPD-.

Así, por ejemplo, un Ayuntamiento puede plantearse si dentro de las labores de control e inspección de una concesión administrativa de limpieza y recogida de basuras puede acceder a los datos personales de los trabajadores pertenecientes a la plantilla de personal de una empresa privada. Las cesiones de datos personales establecidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público son las antes señaladas. Otras referencias que hace la Ley como la necesaria acreditación de estar al corriente de pago en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social y la declaración que indique el promedio anual de personal, con mención, en su caso, del grado de estabilidad en el empleo y la plantilla del personal directivo durante los últimos tres años no establecen una cesión de datos personales sino una cesión disociada. No obstante, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al mismo tiempo que permite a la Administración gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, le atribuye

⁸² Esta cuestión la hemos analizado en nuestra “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales en las Administraciones Locales*, cit..

buye un conjunto de facultades para poder dirigir la correcta ejecución del contrato. Si la acreditación del cumplimiento del contrato requiere la identificación de los trabajadores –para comprobar a través de la identificación que la platilla está efectivamente destinada a la actividad-, podría entenderse legítima la cesión en la medida en que se considere que ésta responde a la relación jurídica cuyo cumplimiento y control requiere la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros –art. 11.2.c) LOPD-. Los trabajadores de la empresa tendrían que asumir la cesión sin consentimiento entendiendo que la existencia de una relación laboral que les une a la empresa exige en determinados supuestos la cesión de datos personales para el desarrollo de la actividad empresarial. Como esta cesión de datos no está prevista legalmente, posiblemente sea necesario –para que lo admita la empresa- que se prevea en el contrato. Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en su artículo 25 el principio general de “Libertad de pactos”, al disponer que: “1.- En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. La inclusión de esta cláusula en el contrato sólo sería legítima si la cesión de datos personales de los trabajadores es necesaria para el control sobre la correcta ejecución del contrato, debiendo acceder únicamente a datos mínimos -meramente identificativos. En todo caso, a los efectos de la delimitación entre el responsable del fichero privado y el encargado de tratamiento privado de fichero público, si bien en ambos supuestos se trataría de una comunicación de datos personales, posiblemente esté más justificada la del encargado de tratamiento a la Administración ya que el primero actúa en nombre del segundo y éste debe disponer de la suficiente información para comprobar el correcto desarrollo del servicio que se hace en su nombre.

3. La aplicación de los criterios propuestos a algunos supuestos concretos: sanidad, servicios sociales, educación, universidades, centros deportivos, abastecimiento de agua, colaboración en potestades públicas

Por todo lo dicho hay que afirmar que la gestión indirecta de servicios públicos a través de empresas privadas puede dar lugar tanto a encargadas de tratamiento privado de ficheros públicos como a responsables de ficheros privados, por lo que hay que estar al caso concreto teniendo en cuenta los criterios antes expuestos para llevar a cabo una delimitación.

Así, existen supuestos donde las empresas privadas son encargadas de tratamiento de ficheros públicos creados por las Administraciones Públicas. Así, las Administraciones Públicas pueden comunicar datos personales a empresas privadas para posibilitar la prestación de servicios públicos a través de una gestión indirecta o para la realización de actividades administrativas, si bien la Administración Pública se mantiene como responsable del fichero o del tratamiento porque decide sobre la finalidad, contenido y uso del mismo, “aunque no lo realice materialmente” –art. 5.1.q del Reglamento-. Son muchos los supuestos de encargados de tratamiento que se dan en las Administraciones Públicas, entre los que están la externalización de los sistemas de información y la propia custodia y destrucción de la información en papel⁸³. También es un supuesto de encargo de tratamiento cuando la gestión de las historias clínicas –que es un fichero público- es efectuada a través de empresas privadas, que centralizan y digitalizan los archivos o cuando se externaliza una actividad de apoyo a la asistencia⁸⁴. Lo mismo ocurre cuando se encargan a terceros la realización de estudios o de trabajos de campo que se realizan con datos personales de ficheros públicos. Estas empresas privadas actúan como encargadas de tratamiento de ficheros públicos porque en la prestación del servicio público no deciden sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos, siguen siempre las instrucciones de la Administración Pública, no utilizan los datos para finalidades propias y no establecen ningún vínculo jurídico nuevo con el ciudadano, sino que actúan siempre por cuenta de la Administración, recabado y tratando los datos en nombre de ésta. Ya hemos señalado antes la importancia de delimitar en la empresa privada cuando actúa como encargada de tratamiento de ficheros públicos y cuando actúa como responsable de ficheros privados, especialmente cuando utiliza los mismos soportes, una cuestión que tiene consecuencias jurídicas. También es responsable del fichero la Administración –siendo encargada del tratamiento la empresa privada- cuando la actividad se hace en nombre de la Administración, como si fuera ésta, lo que ocurre, frecuentemente, en el ámbito de los

⁸³ Un ejemplo típico de encargo del tratamiento en los Ayuntamientos es la contratación de una empresa externa para llevar a cabo los trabajos necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 69.3 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, que establece la notificación a los vecinos del contenido de sus datos padronales por el Ayuntamiento de manera que todo vecino tenga la oportunidad de conocer la información que le concierna al menos una vez cada cinco años.

⁸⁴ Por ejemplo, el traslado de los mayores a un centro social o de pacientes a un centro sanitario –a través de un sistema de ambulancias externalizado-, debiéndose ceder a la empresa la información mínima imprescindible para la realización del servicio.

servicios sociales y en los centros deportivos municipales, donde la apariencia del exterior del edificio es de un centro de la Administración y los datos se recaban en impresos que muestra que se actúan en nombre de la Administración.

En otras ocasiones, las empresas privadas que prestan servicios públicos en régimen de gestión indirecta también pueden ser responsables de los ficheros para el ejercicio de su actividad. La empresa privada que presta servicios públicos es responsable del fichero cuando dispone de suficiente autonomía para decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y no sigue las instrucciones de la Administración; actúa y realiza el tratamiento en nombre propio y no de la Administración, creando un vínculo jurídico nuevo entre la empresa y el ciudadano. En este supuesto nos encontramos con entidades privadas que son titulares de ficheros privados que deben ser creados a través de una notificación al Registro General –art. 26 LOPD y a las que hay que aplicar el régimen jurídico de los ficheros privados. No se trata de que sean encargadas de tratamientos privados sino responsables de ficheros privados que se utilizan para desarrollar una actividad a través de un contrato con la Administración.

Así, en muchas ocasiones, la Administración Pública hace un contrato de gestión de un servicio público y lo adjudica a una empresa privada, que no actúa en nombre de la Administración –que sólo financia el servicio- sino en nombre propio relacionándose de esta forma con los ciudadanos. Esto ocurre en muchas ocasiones en el servicio público sanitario⁸⁵.

⁸⁵ Cfr. “Introducción y presentación” en *Protección de Datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, Civitas-APDCM, 2008, págs. 33-39, 90-94 y 119-120. Así, las aseguradoras sanitarias que llevan a cabo la asistencia sanitaria para los funcionarios en el ámbito de MUFACE dentro de un contrato de gestión de un servicio público son responsables del fichero de asistencia sanitaria y no encargados de tratamiento de un responsable de fichero público. Lo mismo puede decirse de los centros privados que hasta ahora han prestado el servicio público sanitario para empleados de la Comunidad de Madrid dentro del régimen de colaboración con la seguridad social. Estos centros sanitarios actúan y recaban los datos en su nombre y no en nombre de la Administración. Un supuesto semejante es el que se produce en el Servicio Catalán de Salud que está basado en una red privada concertada. En Cataluña, no han podido implantar una historia clínica electrónica centralizada única –que sería responsabilidad de la Administración Sanitaria- sino una historia clínica compartida donde la Consejería es responsable de una información sanitaria básica de los pacientes mientras que la responsabilidad de las historias clínicas le corresponde a cada centro sanitario privado, que es titular de un fichero privado con independencia de que gestione un servicio público. Sobre el funcionamiento del *Servei Català de Salut*, cfr. “Proyecto de Historia clínica compartida. Generalitat de Catalunya. Departament de Salut”, en *Memoria del III Premio a las Mejores Prácticas Europeas en materia de Protección de Datos*, Civitas-APDCM, Madrid, 2007, págs. 435-444. Esta misma delimitación de responsabilidad se tuvo en cuenta en el procedimiento de inspección en el caso del acceso a las historias clínicas para finalidades lingüísticas, ya que la Agencia Catalana declaró la infracción a la Consejería de Sanidad de la Generalitat mientras que la Agencia Española declaró la infracción a los

La prestación de una asistencia sanitaria pública a través de entidades privadas en el marco de un contrato de gestión de servicios públicos no convierte a éstas en encargadas del tratamiento. Así, la propia actividad de asistencia sanitaria prestada a través de entidades privadas implica que éstas sean las responsables del fichero a los efectos de la LOPD y que asuman las obligaciones establecidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La propia Ley 41/2002, de 14 de noviembre atribuye la responsabilidad del fichero a cada centro sanitario, señalando que en los centros sanitarios la custodia de dichas historias clínicas «estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario» -art. 17.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre-. Estos centros llevan a cabo nuevos tratamientos de datos personales de salud distintos de los proporcionados por la Administración, tratan datos para una finalidad propia como es la actividad asistencial, creándose un “nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado” -art. 20.1 del Reglamento-⁸⁶. La responsabilidad del fichero por parte de estas entidades privadas y el hecho de que establezcan una relación jurídica con los usuarios de los servicios -y no sólo con la Administración- se manifiesta también en la obligación de conservación de la información clínica de los pacientes durante el plazo mínimo de cinco años -art. 17.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre-, lo que impide que concluida la prestación contractual con la Administración devuelvan la

centros sanitarios privados concertados -que fue posteriormente anulada por la Audiencia Nacional-. La Comunidad de Madrid presta la asistencia sanitaria a través de centros públicos -gestión directa o gestión indirecta-, acudiendo a concertos principalmente con dos centros sanitarios privados -el Hospital de Valdemoro “Infanta Elena” y la Fundación Jiménez Díaz, ambos gestionados por la Empresa Capiro-, que estarían integrados dentro de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, según lo establecido en la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid que establece que la Red Sanitaria Única de Utilización Pública está integrada por todos los proveedores sanitarios públicos dependientes de la Comunidad de Madrid y por aquellos privados o públicos que previa acreditación y concertación puedan prestar servicios al Sistema Público, según se establezca reglamentariamente -art. 5.2-. Estos centros sanitarios privados, si bien prestan el servicio público sanitario, inicialmente deben ser considerados responsables de ficheros privados y no encargados de tratamiento de ficheros públicos y, por tanto, están fuera del ámbito de control de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. No obstante, hay que mencionar que el Hospital de Valdemoro, a diferencia de la Fundación Jiménez Díaz, forma parte del Servicio Madrileño de Salud, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud, de forma que es un centro de utilización pública y gratuito de la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Además, la imagen externa de este centro, a diferencia de la Fundación Jiménez Díaz, se identifica con la de la Comunidad de Madrid por lo que puede cuestionarse la responsabilidad del fichero en virtud de los criterios antes establecidos.

⁸⁶ Tampoco los centros médicos o los profesionales sanitarios no son meros encargados de tratamiento de las compañías aseguradoras sanitarias.

historia clínica como exige el art. 12 LOPD. Por ello, la gestión indirecta del servicio público sanitario supone una cesión de datos que se efectuará en virtud de la habilitación legal que aporta la legislación sanitaria –art. 11.2.a) LOPD-⁸⁷ o con el consentimiento expreso del paciente –art. 11.1 LOPD⁸⁸-, por lo que el centro sanitario tienen el carácter de responsable del fichero al llevar a cabo una actividad asistencial⁸⁹. Otra cosa distinta es si lo que se externaliza es una actividad no asistencial –los ejemplos ya citados del traslado en ambulancia o de la informatización de historias clínicas-, donde sí se daría la figura del encargado del tratamiento⁹⁰.

Más complejo aún es determinar si la externalización de la actividad de asistencia social o de servicios sociales da lugar a un responsable de fichero privado o a un encargado de tratamiento privado de fichero público⁹¹. Por una parte, puede pensarse que estas empresas privadas son

⁸⁷ La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud– supone una habilitación para la comunicación de datos de salud a “organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud”, aunque sean centros privados concertados, con la finalidad de llevar a cabo una asistencia sanitaria –art. 56-. Igualmente, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid que establece la Red Sanitaria Única de Utilización Pública permite la cesión de datos de hospitales privados concertados, como es el caso del Hospital de Valdemoro o de la Fundación Jiménez Díaz al Servicio Madrileño de Salud. Igualmente el Reglamento de desarrollo de la LOPD, señala como supuesto que legitiman el tratamiento o cesión de los datos que “[e]n particular, no será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de las personas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud” –art. 10.5-. Lógicamente, el hecho de que la normativa ponga el énfasis en las cesiones entre responsables distintos parece dejar de lado la posibilidad de los encargos de tratamiento para una finalidad de asistencia sanitaria.

⁸⁸ El consentimiento expreso puede pedirse cuando se produce una derivación para la reducción de la lista de espera quirúrgica, sin perjuicio de que exista, como hemos señalado en la nota anterior, una habilitación legal. En cambio, la comunicación de la historia clínica a un centro privado concertado donde va a continuar la asistencia sanitaria no podrá justificarse en que ésta responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros –art. 11.2.c) LOPD– ya que estamos en presencia de datos especialmente protegidos.

⁸⁹ Lógicamente, los posteriores tratamientos que lleva a cabo el centro sanitario privado responsable del fichero se hacen en virtud de los arts. 7.6 y 8 LOPD.

⁹⁰ Como hemos señalado anteriormente, es compatible que un centro sanitario privado sea responsable de fichero para una finalidad asistencial al mismo tiempo que sea encargado de tratamiento de un fichero público en otros supuestos –por ejemplo, sea usuario de un fichero de instrucciones previas-. Igualmente, el hecho de que la Consejería de Sanidad asuma la tutela y control de todo el ámbito sanitario dentro de su territorio -sea público o privado- permite afirmar que la potestad administrativa de inspección sobre un centro privado no lo convierte en un encargado de tratamiento de un fichero público.

⁹¹ Así, la *Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid*, señala que “la gestión de centros y servicios sociales podrá realizarse directamente por las Administraciones públicas, o indirectamente, por medio de las fórmulas de gestión previstas en la legislación vigente. De igual modo, las Administraciones podrán contratar la prestación de servicios con medios ajenos, con el fin de ampliar su cobertura prestacional”. Así, se establece expresamente en el Título V la posibilidad de realizar programas

responsables del tratamiento de los datos personales de los usuarios y residentes al actuar con autonomía para decidir sobre la finalidad, contenido y uso de los tratamientos de datos personales –art. 3.d) LOPD–⁹². Estas entidades privadas, que asumen la gestión de los centros en el marco de un contrato de gestión de servicios públicos, llevan a cabo tratamientos de datos personales de los usuarios de los servicios sociales en su nombre y por su cuenta, distintos de los efectuados por la Administración, existiendo un vínculo jurídico propio entre la entidad privada y el usuario del servicio social, con las consiguientes obligaciones de conservación de la información⁹³. Esta situación de responsable de fichero privado se produce especialmente cuando la contratación se realiza para disponer de plazas en centros y servicios que no sean propios de las Administraciones públicas sino de titularidad privada⁹⁴. *El hecho de que la admisión de usuarios y la determinación de las personas que hayan de ocupar las*

y prestaciones de servicios sociales a través de la iniciativa privada o de entidades de iniciativa social sin fines de lucro –fundaciones asistenciales, entidades de voluntariado social–.

⁹² Cfr. “Introducción y presentación” en *Protección de Datos personales para Servicios Sociales Públicos*, Civitas-APDCM, 2008, págs. 23-24.

⁹³ No es determinante para que la Administración tenga el carácter de responsable de fichero que la empresa privada recia ayudas económicas, tenga que cumplir unos requisitos específicos de calidad o exista un control de la Administración de los contratos, convenios y subvenciones concedidas. Así, el art. 56 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo establece que las Entidades de iniciativa social podrán recibir ayudas económicas de la Comunidad de Madrid y de las Entidades locales, siempre que la finalidad para la que se solicite la subvención tenga cabida en la planificación de servicios sociales de la Administración que la concede, existan disponibilidades presupuestarias, y, si se trata de subvenciones para el mantenimiento de centros y servicios, cuando éstas cumplan los requisitos de calidad exigidos por la norma que regula la ordenación de actividad de los centros y servicios de acción social. Corresponde a la Administración la función de control y seguimiento de los contratos y convenios que haya suscrito, así como de las subvenciones concedidas. Igualmente tampoco es relevante para que la empresa privada sea encargada del tratamiento el sometimiento de ésta a la normativa administrativa. El art. 57 señala que las Entidades con ánimo de lucro que contemplen entre sus fines la realización de actividades de servicios sociales y se encuentren debidamente autorizadas para llevarlas a cabo, así como los centros y servicios de ellas dependientes, deberán someterse a las prescripciones legales contenidas en la Ley de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y de la mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que estas entidades prestadoras de servicios sociales puedan contratar con las Administraciones la gestión de los servicios sociales públicos cuya competencia corresponde a aquéllas. Lo mismo puede decirse del sometimiento a un régimen de autorizaciones, a la inspección de la Administración o a unos estándares de calidad. Asimismo, la *Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, establece que la prestación de servicios sociales por las Administraciones Públicas y por la iniciativa privada se someterá al régimen de autorizaciones establecido en la presente Ley, con el objeto de garantizar la ordenación territorial de los recursos sociales, la adecuación y calidad de los servicios prestados, así como, preservar el interés público que subyace en toda actividad prestadora de servicios sociales, estando sometidos a una actividad inspectora de la Administración -20 a 23 de la Ley-, sino al cumplimiento de una serie de obligaciones como el sometimiento a una evaluación de calidad. art. 12-.*

⁹⁴ Esta es una previsión que se encuentra en el art. 61 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

plazas concertadas correspondan a la Administración y se rijan por la normativa administrativa no modifica en nada el carácter de responsable del fichero privado del titular de la entidad, que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento⁹⁵. Hay que recordar que la cesión de datos personales requiere el consentimiento del interesado, salvo que exista una habilitación legal o se entienda que la comunicación de datos responde a una libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implica necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros –si bien esta última excepción no es aplicable a los datos especialmente protegidos–. No obstante, en el ámbito de los servicios sociales es muy importante determinar en nombre de quien se recoge la información personal. Si los datos son recogidos en nombre de la Administración y ésta externaliza el servicio pero de cara al usuario la prestación del mismo se desarrolla por cuenta de la Administración, será ésta la responsable del fichero. En cambio, si la Administración sólo financia el mismo pero el usuario conoce que los datos se recaban y se tratan en nombre de una empresa privada, será ésta última la responsable. Llegados a este punto, también es muy importante analizar los pliegos de prescripciones técnicas para la contratación de la gestión de los distintos servicios y centros sociales⁹⁶. A través de este análisis puede llegarse a la conclusión acerca de quién tiene la capacidad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso de los tratamientos. En ocasiones los pliegos permiten afirmar claramente que la empresa tiene

⁹⁵ En muchas ocasiones los pliegos establecen que “corresponde a la Consejería de Servicios Sociales la determinación de las personas que hayan de ocupar las plazas concertadas en la Residencia. La ocupación de las plazas se efectuará previa resolución del órgano competente de la Consejería de Servicios Sociales. En la resolución de la concesión de la plaza se hará constar, necesariamente, la aportación económica que corresponda al usuario por la ocupación de la misma”.

⁹⁶ La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha desarrollado un análisis de los pliegos de prescripciones técnicas para la contratación –en régimen de gestión indirecta a través de concesión– de la gestión de centros de atención de personas mayores en la Comunidad de Madrid, concluyendo que en algunos supuestos –por ejemplo, en los centros gestionados por Mapfre Quavita SA– la empresa tiene el carácter de encargada de tratamiento privado de ficheros públicos. Sin embargo, esta empresa tiene 3 ficheros privados declarados como responsable en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos: “Residencias usuarios/clientes 2022470630. Finalidad: datos para la atención sanitaria y social de los *clientes públicos* y privados ingresados de forma permanente o temporal en *residencias de la entidad o de la Administración Pública*. Centros de Día usuarios/clientes 2022470631 Finalidad: datos para la atención sanitaria y social de los clientes públicos y privados que acuden a centros de día de la entidad *o Administración Pública*. Reclamación de clientes 2022470636 Finalidad: datos necesarios para atender y solucionar adecuadamente las incidencias y reclamaciones de los clientes”. En todo caso, hay que señalar que en el Plan de Inspección de Servicios Sociales del año 2007, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid inspeccionó y elaboró sendas recomendaciones para dos centros gestionados de forma indirecta: el Centro de Acogida Temporal y Atención a Personas de Origen Subsahariano del Ayuntamiento de Madrid y el Servicio de Asistencia a Víctimas de Violencia Doméstica, también del Ayuntamiento de Madrid.

el carácter de encargada del tratamiento, especialmente cuando señalan que la propiedad de la información le corresponde a la Administración, prohíben a la empresa la utilización de los datos para finalidades propias y establecen la obligación de devolución de la información para la continuidad del servicio –ya que la relación jurídica con el usuario la tiene la Administración, no la empresa⁹⁷. También los pliegos contienen compromisos relativos a la imagen institucional -que debe ser la de la Administración- lo que permite atribuir a la empresa el carácter de encargada del tratamiento⁹⁸. Sin embargo, no es determinante, como hemos señalado anteriormente, que los pliegos establezcan cuál debe ser el régimen interior aplicable⁹⁹ u obliguen al mantenimiento de determinados ficheros, donde se registre la información necesaria para la correcta atención a los usuarios¹⁰⁰.

Lo mismo puede decirse en el ámbito educativo con los conciertos que la Administración tiene con centros privados para la prestación del

⁹⁷ Los Pliegos de los centros gestionados por la empresa Mapfre Quavitaie señalan: “Todos los datos e información manejados por el adjudicatario serán propiedad de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, sin que el adjudicatario puede conservar copia o utilizarlos para otro fin distinto al que figura en el presente contrato, estando obligado al cumplimiento de la LOPD. A la finalización de la ejecución del contrato dicha información permanecerá y quedará a disposición de la Consejería en el Centro, a fin de asegurar la continuidad en la prestación del servicio”. “El adjudicatario se obliga a comunicar e informar a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales dónde se encuentran los soportes físicos lógicos en los que está depositada la información relacionada con la atención a los usuarios del Centro. Si el adjudicatario usase algún equipo informático de su propiedad para almacenar dicha información, una vez finalizada la ejecución del contrato deberá facilitar copia de la misma a la Consejería en el soporte que le indique, procediéndose seguidamente al borrado de dicha información del equipo que la contiene, mediante formateo del disco duro y destruyéndose en el caso de existir copia en soporte papel”.

⁹⁸ “El adjudicatario se obliga a ejecutar las indicaciones de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales en todos aquellos aspectos relacionados con los signos de identidad corporativa o institucional en el edificio del Centro, en los vehículos utilizados para el transporte, en el vestuario del personal y en la documentación y divulgación que se realice sobre las actividades y servicios que se prestan con cargo al presente contrato”. “Los vehículos deberán llevar los signos de identidad institucional con arreglo a las indicaciones de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales”.

⁹⁹ “El régimen interior aplicable a la Residencia será el establecido para las residencias gestionadas directamente por el Servicio Regional de Bienestar Social de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, en el Reglamento de Régimen Interior aprobado por Acuerdo del Consejo de Administración de dicho Organismo de 22 de julio de 1994”.

¹⁰⁰ Los pliegos de este contrato contienen una serie de registros obligatorios: registro de caídas; registro de medicación administrada; registro de curas diarias; registro de cambios posturales; registro de cambios de pañal, etc. No obstante, estos pliegos obligan a las empresas privadas a notificar a la Agencia Española estos ficheros como responsables de los mismos. En todo caso, si bien el hecho de que los pliegos obliguen al contratista a mantener unos determinados ficheros de datos personales no lo convierten en encargado del tratamiento, sí lo es en virtud de los otros criterios antes mencionados. En este caso concreto, no tiene mucho sentido que la Consejería obligue al concesionario a declarar un fichero como responsable y le exija que devuelva la información a la Administración a la finalización del contrato.

servicio público de educación¹⁰¹. Así, si hemos considerado razonable que los centros educativos públicos sean responsables de sus propios ficheros en atención a la autonomía pedagógica organizativa y de gestión que les atribuye la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación –art. 120–sin perjuicio de que también sería legítima una declaración centralizada por parte de la Consejería de Educación–, lo mismo debemos decir de los centros educativos privados concertados. El hecho de que estos centros se acojan al régimen de conciertos legalmente establecidos y, por ello, estén financiados con fondos públicos y se encuentren sometidos a una normativa administrativa específica no suprime el hecho de que la titularidad del centro sea de una persona física o jurídica de carácter privado que ejerce un derecho fundamental –la libertad de creación de centros y el derecho de educación–. Que los centros educativos concertados, junto con los centros públicos, contribuyan a la prestación de un servicio público –como establece el art. 108.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Enseñanza General¹⁰²–, no es suficiente para negar su capacidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso de los tratamientos. Los ciudadanos conocen la titularidad del centro educativo privado concertado y lo eligen expresamente –jesuitas, salesianos, agustinos, etc.–; el centro educativo concertado actúa en su nombre, estableciendo una relación jurídica propia con los ciudadanos, con independencia de que estos centros tengan un concierto para la prestación de un servicio público, por lo que estos centros educativos privados son responsables de ficheros privados y no encargados de tratamiento de un fichero público¹⁰³. No obs-

¹⁰¹ Cfr. nuestra “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, Civitas-APDCM, Madrid, 2008, págs. 26-37. Cfr. también el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 0501/2005 “Naturaleza de los ficheros de un Colegio Privado Concertado”, accesible en su WEB. Los ejemplos típicos de encargados de tratamiento en el ámbito educativo son las empresas que prestan el servicio de comedor o de transporte escolar, las que dan soporte informático al centro educativo o desarrollan el servicio de guardería para niños que llegan al colegio antes de la jornada escolar, aunque en ocasiones los contratos de encargo de tratamiento lo hacen la asociación de madres y padres que dan acceso a los ficheros privados de su responsabilidad.

¹⁰² Asimismo, el Artículo 9 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, define como objetivo de los conciertos educativos garantizar la impartición de la educación básica obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados por este fin por la Administración, en orden a la prestación del servicio público a la educación en los términos previsto en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio.

¹⁰³ El Capítulo IV del Título IV de la Ley Orgánica de Educación y en la normativa autonómica de desarrollo establece un conjunto de derechos y obligaciones relativas al régimen de concierto, lo que abarca el número de unidades escolares concertadas, la adjudicación de las plazas por la Administración, el número máximo de alumnos por unidad escolar, la duración del concierto, la prórroga y la extinción del mismo, etc. No obstante, son un conjunto de obligaciones que no coinciden con las del encargado del tratamiento. Esta normativa no impide a los centros educativos privados tratar los datos personales para finalidades propias y establecer una relación jurídica propia con los estudiantes distinta de la que éstos mantienen con

tante, en otras ocasiones, los centros educativos privados pueden acceder a ficheros centralizados de las Administración educativa –por ejemplo, a un fichero centralizado de historiales académicos-, siendo en ese caso meros usuarios del mismo. Así, es compatible que los centros educativos concertados sean responsables de ficheros privados para el desarrollo de la actividad educativa y orientadora al mismo tiempo que son encargados de tratamiento de ficheros informáticos centralizados de responsabilidad de la Administración¹⁰⁴. Los ciudadanos mantienen en este caso dos relaciones jurídicas distintas con responsables de ficheros distintos –con la Administración y con el centro educativo concertado. Finalmente, los centros educativos –especialmente escuelas infantiles y casas de niños– que se encuentran gestionados por empresas privadas a través de un contrato de gestión de servicios públicos –distinto del concierto- tiene el carácter de responsable de ficheros privado cuando la empresa privada decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y cuando el ciudadano conoce que la prestación del servicio público se realiza a través de una empresa privada; en cambio, es encargada de tratamiento de un fichero público cuando el titular del centro que es la Administración decide sobre la finalidad de los tratamientos y es la única que establece un vínculo jurídico con los usuarios, continuando con los tratamientos cuando cambia la empresa prestadora del servicio.

Las Universidades Privadas deben ser consideradas responsables de ficheros privados. El hecho de que las Universidades privadas desarrollen una actividad calificada por la legislación como servicio público –art. 1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades-, ha-

la Administración. Así, la finalización del concierto no obliga a los centros educativos privados a devolver la información –el historial académico a la Administración- sino que deben conservar la información en virtud de la relación jurídica que les ha unido con los estudiantes. Tampoco es relevante para afirmar el encargo de tratamiento que la Intervención de la Administración lleva a cabo el control financiero de los centros concertados ya que este control también se efectúa sobre entidades privadas que reciben fondos de la Administración pero no impide que estos decidan sobre la finalidad del tratamiento y establezco una relación jurídica con los ciudadanos. Tampoco es determinante que la Inspección educativa pueda supervisar la actividad de los colegios concertados porque también inspecciona los centros educativos privados que están fuera del régimen de conciertos. El hecho de que exista unas potestades de inspección y un control de la Administración no implica que le corresponda a la Comunidad Autónoma el control de los ficheros de datos personales de los centros educativos privados ya que cada actuación administrativa sigue su propio título competencial.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid los centros educativos concertados serían encargados de tratamiento del fichero público “Historiales Académicos” o del Sistema Integrado de Centros de Enseñanza Privada (SICEP) que integra a los alumnos matriculados en los centros privados y validados por el Servicio de Inspección Educativa, siendo responsable de estos ficheros públicos la Consejería de Educación, estando sometidos en estos casos los centros educativos concertados a las potestades de inspección de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, en virtud de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.

yan sido creadas por Ley y estén sometidas al control de la Administración Autónoma no convierte sus ficheros en ficheros públicos ni a las Universidades en encargadas de tratamiento de ficheros públicos¹⁰⁵. Las Universidades privadas deciden la finalidad y toman las decisiones acerca de los tratamientos de datos personales, recabando los datos personales en su nombre y no en nombre de la Administración-; establecen una relación jurídica con los alumnos nueva y distinta de la que éstos pueden llegar a mantener con la Administración, utilizando los datos para fines propios –no para fines de la Administración-¹⁰⁶.

Los centros deportivos es otro ámbito donde la prestación del servicio público se hace frecuentemente en régimen de gestión indirecta. Las empresas privadas son adjudicatarias de la gestión de una instalación deportiva, que, en muchas ocasiones, es de titularidad de la Administración. Esto ocurre, frecuentemente, en el ámbito local. Es muy importante, a los efectos de determinar si la empresa privada es responsable del fichero privado o encargada del tratamiento de un fichero público analizar los pliegos de prescripciones técnicas del contrato. En ocasiones, el contrato obliga a la empresa a fijar distintivos que manifiestan la responsabilidad de la Administración en la prestación del servicio público -que encubre que detrás de ella se encuentran las empresas privadas¹⁰⁷- o que prohíbe a la empresa adjudicataria la utilización de las instalaciones para

¹⁰⁵ Cfr. nuestra “Introducción y Presentación” a Protección de datos personales para Universidades, Civitas-APDCM, Madrid, 2008. Ya hemos señalado en otro momento que la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, a diferencia de la legislación de la Comunidad de Madrid y de la legislación vasca, ha atribuido a ésta el control de los ficheros de las Universidades “del ámbito territorial de Cataluña” –art. 3.1-, sin distinguir entre Universidades Públicas y Privadas, lo que excedía de lo previsto en el art. 41 LOPD, salvo que se entendiera que los ficheros de las Universidades privadas eran ficheros públicos creados a través de una disposición de carácter general de la Consejería y gestionados por las Universidades Privadas como encargadas del tratamiento. El nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 que ha atribuido a la Agencia Catalana competencias de control sobre las Universidades que integran el sistema universitario catalán ha resuelto la contradicción existente entre la LOPD y la Ley Catalana en este punto. Cfr. A. Troncoso, “Las Comunidades Autónomas y la protección de datos personales”, cit. págs. 83-86 y 109-112.

¹⁰⁶ Los contratos de encargo de tratamiento típicos en el ámbito de las universidades son los que éstas realizan con las entidades financieras para el pago de la nómina o para la emisión del carné del estudiante. Cuando las entidades financieras asocian al carné del estudiante una tarjeta de débito o crédito están llevando a cabo tratamientos para fines propios –distintos de los de la Universidad-, convirtiéndose en responsables de ficheros privados, siendo necesario el consentimiento del interesado para la cesión.

¹⁰⁷ Así, en ocasiones los pliegos de prescripciones técnicas establecen que los justificantes de pago y acreditación de los usuarios deben contener obligatoriamente el nombre de la Administración. Es relevante que las sugerencias y reclamaciones que realicen los usuarios del servicio deban tramitarse según el sistema general de sugerencias y reclamaciones de la Administración. En cambio, tiene una menor importancia en la consideración de la empresa privada como encargada del tratamiento que las tarifas sean aprobadas por la Administración o que el concesionario deba utilizar para el cobro de las tarifas los medios mecánicos o informatizados que determine la Administración.

finalidades propias¹⁰⁸. Las instalaciones deportivas de la Administración, aunque se encuentren gestionadas por empresas privadas, son servicios públicos que no pueden supeditar la admisión a la recogida y tratamiento de datos que puedan ser considerados excesivos para el cumplimiento de la relación administrativa. Así, no es legítimo que el control de entrada en un centro deportivo municipal se haga por huella biométrica, un tratamiento que puede ser considerado innecesario para la finalidad. Esta es una cuestión que hemos analizado en otro momento¹⁰⁹. Si bien puede llegar a ser legítimo este tratamiento en un centro deportivo privado o un club privado –por ejemplo, un gimnasio– en la medida en que exista un consentimiento del interesado¹¹⁰, esto no es legítimo como forma de entrada a una instalación deportiva municipal, que es un servicio público universal, aunque se encuentre gestionado por una empresa privada. Por ello, la supeditación del uso de la huella digital para entrar en un centro deportivo municipal es contrario a la legislación de protección de datos personales y a la obligación que tiene el concesionario de facilitar a la ciudadanía el acceso a la práctica de la actividad física y del deporte y que no puede ser supeditado a la exigencia de la entrega de la huella.

Es también complejo determinar si la empresa que presta un servicio público –por ejemplo, de abastecimiento de agua– es responsable del fichero o encargada del tratamiento. Antes de entrar a analizar esta cuestión, es interesante tener en cuenta a estos efectos el Informe de la Agencia Española 287/2006 “Conceptos generales. Delimitación del responsable del fichero y del encargado del tratamiento”, donde se analizan la condición jurídica que concurre en la entidad que realiza la gestión integral del agua para diversos Ayuntamientos. Según se expone en la consulta, caben tres supuestos diferentes respecto a las relaciones existentes entre los municipios afectados y la entidad. El primero sería la adjudicación del servicio por parte del Ayuntamiento a favor de dicha entidad. Para la Agencia Española, “siendo la titularidad y responsabilidad del servicio de la Corporación Municipal, la entidad consultante,

¹⁰⁸ En ocasiones los pliegos de prescripciones técnicas establecen que la entidad adjudicataria no puede organizar ni utilizar las instalaciones del centro deportivo para actividades deportivas no contempladas en el programa aprobado por la Administración.

¹⁰⁹ Cfr. nuestra “Introducción y Presentación” a *An approach to data protection in Europe*, Civitas-APDCM, Madrid, 2006.

¹¹⁰ Si bien el consentimiento del interesado no elude la necesidad del cumplimiento del principio de calidad, el hecho de que entidades privadas –por ejemplo, un centro deportivo o un club privado– requieran el tratamiento de determinados datos puede estar justificado en la libertad de empresa del art. 38 CE- y en la existencia del consentimiento del interesado. En cambio, esto no puede hacerse en una instalación deportiva municipal que es un servicio público universal.

que viene desarrollando las funciones descritas (en virtud del correspondiente Acuerdo, Instrumento y/o Contrato administrativo de gestión de servicios públicos), tendrá la condición de encargada del tratamiento, definida por el artículo 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. [...]. En resumen, la entidad consultante se encarga del servicio de gestión de aguas en calidad de encargada del tratamiento para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, en este caso, al Ayuntamiento”. La segunda posibilidad sería que la gestión del servicio se realice por una empresa mixta (sociedad anónima o sociedad limitada), participada por capital del propio Ayuntamiento y de la entidad consultante. En este supuesto, concurriría la condición de responsable del fichero en el propio Ayuntamiento, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, anteriormente transcrito: “En este sentido, la gestión por una sociedad municipal, con personalidad jurídica propia, creada por el Ayuntamiento y participada por el mismo, cuyo objeto social es la gestión del servicio integral del agua en nada obsta a la argumentación esgrimida en el apartado anterior, habida cuenta de que, también para este caso, la condición de “Responsable” y de “Encargado del Tratamiento” encajan plenamente en la persona del Ayuntamiento y de la Empresa mixta, respectivamente, de acuerdo con lo dispuesto por el precitado artículo 3 de la Ley Orgánica”. En relación con la notificación e inscripción de los ficheros relativos a la “gestión integral del agua”, puede considerarse la existencia de una gestión de servicios municipales por parte de la consultante, siendo la titularidad del servicio competencia del Ayuntamiento. En consecuencia, sería el Ayuntamiento quién ostentaría en este caso la condición de responsable del fichero definido en el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/99, como la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”, siendo por tanto el obligado a solicitar su inscripción en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos. La tercera posibilidad es que los Ayuntamientos de una determinada zona constituyan un Consorcio que, a su vez, encomiende la gestión del agua a una empresa mixta participada por el propio Consorcio, la entidad consultante y otra empresa del Grupo al que pertenece la consultante. A nuestro juicio, en relación con este supuesto, con independencia del modelo de gestión y del tipo de persona jurídica (empresa mixta mercantil) que finalmente gestione el servicio, deberá considerarse idéntica fundamentación jurídica que la expuesta en los Puntos anteriores de este Informe. En especial, convie-

ne destacar que los diferentes Ayuntamientos continuarán ostentando la condición de responsables del tratamiento, y que la Empresa Mixta de Servicios deberá ser considerada “Encargada del tratamiento” en el sentido que ha quedado expuesto en los apartados anteriores. En resumen, a los efectos previstos por la Ley Orgánica 15/1999, 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. *En ninguno de los supuestos a los que se refiere la consulta, la empresa mixta adjudicataria del servicio ostentará la condición de responsable del fichero, al no decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento por sí misma, con independencia de que dicho tratamiento se realice, precisamente, para dar cumplimiento a la gestión encomendada.* Dicho lo anterior, es necesario reiterar que, como ha quedado expuesto, en los supuestos planteados, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, no existirá cesión o comunicación de datos, al no considerar dicho precepto la existencia de “comunicación de datos” cuando el acceso de un tercero a los mismos resulta necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”.

A nuestro juicio, como hemos señalado anteriormente, son varios los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si la empresa privada que presta un servicio público de abastecimiento de agua es responsable de fichero o es encargada del tratamiento de una Administración Pública -que sería la responsable del fichero-. Así, hay que tener en cuenta quién decide la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es decir, quien tiene la capacidad de tomar las decisiones; hay que verificar si la empresa privada puede emplear los datos para fines propios o si por el contrario los datos solo pueden ser empleados para los fines establecidos por la Administración y siguiendo sus instrucciones; hay que valorar si el contrato permite el establecimiento de una relación jurídica entre la empresa privada y el ciudadano -un vínculo jurídico distinto del que éste mantienen con la Administración-, actuando en nombre propio e iniciando una relación directa con el ciudadano o si, por el contrario, la empresa sólo tiene una relación con la Administración -no con el ciudadano- actuando siempre por cuenta y en nombre de ésta y prestándole un servicio a la Administración; además, hay que tener en cuenta en nombre de quien se hace la recogida y el tratamiento de datos personales -si es en nombre de la Administración o de la empresa privada-, debiendo cono-

cer el ciudadano en todo momento quién es el responsable del tratamiento. Pues bien, teniendo en cuenta estos criterios expuestos, coincidimos con el Informe de la Agencia Española antes expuesto en la importancia que tiene en esta determinación a quién le corresponde la esfera de dirección, control u ordenación que el responsable pueda ejercer sobre el tratamiento de los datos de carácter personal y que estaría enteramente vedado al encargado del tratamiento. Es decir, en lo decisorio que es para la afirmación de un encargo de tratamiento de datos que la empresa adjudicataria del servicio no decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento por sí misma. En cambio, no nos parece acertada la referencia a que el responsable del fichero es a quién le corresponde la titularidad del servicio y la competencia, ya que esto implicaría, como hemos señalado anteriormente, que siempre la Administración Pública sea la responsable del fichero al llevar a cabo la empresa una gestión de servicios públicos que siempre son de titularidad de la Administración.

Más recientemente, **en el Informe 2008** la Agencia Española analiza si “resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, en el caso de gestión de servicios administrativos municipales como el de agua o recogida de basuras por parte de una entidad privada o de una Diputación Provincial”. Este Informe analiza lo dispuesto en último párrafo del artículo 20.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, según el cual “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”. En virtud de este precepto, para la Agencia española, “la existencia de un encargado del tratamiento vendrá delimitada por la concurrencia de dos características derivadas de la normativa anteriormente citada: la imposibilidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y 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. Además, en relación con la Disposición adicional trigésimo primera de la Ley 30/2007, la Agencia Española señala que este precepto no implica necesariamente que en la totalidad de los supuestos en los que como consecuencia de la celebración de un contrato sujeto a la Ley 30/2007 la entidad adjudicataria acceda a datos de carácter personal de los administrados su condición será la de encargado del tratamiento, sino que tal situación se dará en los supuestos en los que la condición de responsable, es decir dotada del poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, sólo pueda predicarse de la Administra-

ción contratante. Así, para la Agencia Española, “es posible que la celebración de un contrato administrativo genere una relación directa entre el adjudicatario y el administrado, lo que otorgará a aquél la condición de responsable del tratamiento, produciéndose una cesión de datos de la Administración contratante al adjudicatario, que tendrá su fundamento en la propia naturaleza del contrato descrita en la Ley de Contratos del Sector público y, por ende, en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999. Para delimitar los supuestos en los que el adjudicatario tendrá la condición de responsable o encargado del tratamiento deberá partirse, precisamente, de la propia naturaleza del contrato y de las consecuencias de su celebración, en el sentido de determinar si de la adjudicación se derivará el nacimiento de una relación directa entre quien gestiona el servicio público y el administrado que hace uso de tal servicio. [...] Sin embargo, en los supuestos en los que se produce la celebración de un contrato de gestión de servicios públicos, lo que exigirá que el objeto del contrato no se encuentre vinculado al ejercicio de potestades de derecho público o de “potestades inherentes a los poderes públicos”, en términos de la Ley 30/2007, la ejecución del contrato llevará aparejada la creación de una relación directa entre la entidad adjudicataria y el administrado, de forma que, teniendo en cuenta las modalidades previstas en el artículo 253 de la citada Ley, el adjudicatario facturará directamente y en su propio nombre al administrado el servicio prestado, no apareciendo tal facturación vinculada al ejercicio de potestades públicas ni encontrándose sometida al derecho administrativo, teniendo en consecuencia el administrado la condición de “cliente” del servicio prestado por la entidad adjudicataria. En estos casos, cabrá considerar que dicha entidad que gestiona el servicio público tiene la condición de responsable del fichero y no de encargada del tratamiento. Así sucederá en el ejemplo al que se refiere documentalmente la consulta, en que la empresa adjudicataria de la gestión de servicios de suministro de agua mantendrá, en principio, una relación directa con los vecinos, siendo responsable de los ficheros relacionados con la prestación de ese servicio”.

En este Informe, la Agencia Española analiza el art. 20.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD -el encargo de tratamiento cuando no existe “un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado”- entendiendo que esto implica 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. A nuestro juicio, lo relevante para que exista un encargo de tratamiento no es que no exista una relación directa entre el afectado y el encargado

–en muchas ocasiones el encargado si tienen una relación directa con el administrado, si bien da la cara en nombre de la Administración-; lo relevante es que no tenga una relación *jurídica*, una vinculación *jurídica* con el ciudadano¹¹¹. Para la Agencia Española la comunicación de datos personales sin consentimiento es consecuencia de una habilitación legal –la Ley de Contratos del Sector público- y no la existencia de una relación comercial –art. 11.2.c) LOPD-. Sin embargo, sí es interesante la reflexión que lleva a cabo el informe a que la empresa privada es responsable del fichero cuando factura directamente el servicio en su propio nombre, no estando esta facturación sometida al Derecho administrativo¹¹².

Hasta ahora hemos analizado la delimitación de la figura del responsable del fichero y del encargado del tratamiento en la privatización de servicios públicos a través de distintas técnicas contractuales. Sin embargo, las Administraciones Públicas no sólo se apoyan en empresas privadas para desarrollar su actividad; existen muchas situaciones en las que son las propias Administraciones Públicas las que mantienen una relación de colaboración entre sí, a través de distintas fórmulas, entre las que destaca los convenios de colaboración interadministrativa. Lógicamente, cuando hablamos de Administraciones Públicas nos referimos a las formas jurídicas públicas de personificación, lo que incluye a los entes instrumentales de naturaleza pública –organismos públicos, Agencias, Entes públicos- y excluye a las entidades de derecho privado -las sociedades mercantiles públicas-. Esta colaboración entre Administraciones Públicas para el desarrollo de la actividad de servicio público implica en muchas ocasiones la necesidad de llevar a cabo tratamientos de datos personales, por lo que se hace también necesario la determinación de si estamos ante un responsable de fichero o ante un encargado de tratamiento por cuenta de otra Administración Pública

¹¹¹ Así, se ha criticado la posición de la Agencia Española afirmando que la *ley no prevé que si existe relación directa con el ciudadano ello implique que la empresa no puede ser encargado (se pone el ejemplo de un administrador de fincas, que tiene esa relación directa, gestiona las cuotas, pero sigue siendo encargado)*. A mi juicio, la clave para ser encargado del tratamiento no es no tener relación directa con el ciudadano como señala la Agencia Española; la clave es no tener una relación jurídica directa. Así, el administrador de fincas tiene una relación directa con los vecinos pero no tiene relación jurídica con éstos. También se ha criticado este Informe de la Agencia Española preguntando *si, entonces, una empresa encargada de la gestión de servicio de aguas podría destruir-cancelar los datos*. Como ha respondido en este punto acertadamente la Agencia Española, *claramente no se podrían cancelar, igual que no puede hacerlo cuando quiera cualquier responsable de fichero*. La cursiva de esta nota a pie de página viene del debate de las Agencias de Protección de Datos en relación con este punto.

¹¹² También es muy interesante de este informe el acento que pone la Agencia Española en la imposibilidad que tiene el encargado de decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos personales.

La LORTAD regulaba la figura del encargado del tratamiento en el art. 27 –“Prestación de servicios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal”- dentro de un Capítulo dedicado a los “Ficheros de Titularidad privada”, lo que podía suscitar dudas acerca de si las Administraciones Públicas podían ser encargadas del tratamiento de datos. Sin embargo, tanto el art. 2.e) de la Directiva 95/46/CE como el art. 3.g) LOPD establecen expresamente que una “autoridad pública” puede tratar los datos por cuenta del responsable del tratamiento. De esta forma, la colaboración entre Administraciones Públicas puede implicar tanto un nuevo responsable público del fichero o del tratamiento de datos personales o un encargado del tratamiento que accede a datos personales para prestar un servicio a otra Administración Pública.

Los criterios antes expuestos para delimitar si estamos ante un nuevo responsable del fichero o ante un encargado del tratamiento en los contratos administrativos del sector público también sirven para llevar a cabo esta delimitación en los supuestos de colaboración interadministrativa. La propia Agencia Española en el Informe 287/2006 –antes citado- al analizar las distintas posibilidades de gestión de un servicio de abastecimiento de agua, señalaba que lo importante para delimitar los conceptos de responsable y encargado del tratamiento no es 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”. No obstante, llegados a este punto hay que hacer una importante matización. Si hemos señalado antes que el criterio de la competencia administrativa no era útil para la determinación de si la empresa contratista es responsable de un fichero privado o una encargada de tratamiento privada de un fichero público –ya que las competencias siempre le corresponden a la Administración Pública-, sin embargo, este criterio de la competencia administrativa es útil a la hora de definir entre distintas Administraciones Públicas quién es la responsable del fichero público. Por ello, los supuestos de delegación de competencias entre una Administración Pública y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes –art. 13 LRJAP y PAC- suponen la aparición de un nuevo responsable del fichero. Más complejo es el supuesto de la encomienda de gestión de actividades de carácter material, técnico o de servicios a otras Administraciones públicas por razones de eficacia o cuando no se posea los medios técnicos idóneos para su desempeño –art. 15 LRJAP y PAC-. Si bien la encomienda de gestión no supone la cesión de la titulari-

dad de la competencia, a nuestro juicio no hay que excluir la posibilidad de que la Entidad encomendada decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos personales. Además, la colaboración interadministrativa, al igual que ocurría en los contratos administrativos del sector público, puede dar como resultado varios responsables de fichero o tratamiento. Hay que tener en cuenta que la colaboración entre Administraciones Públicas permite supuestos de competencias compartidas –o de competencia por la competencia–.

Lógicamente, si la colaboración entre Administraciones Públicas da como resultado un nuevo responsable de fichero o tratamiento, nos encontramos ante una cesión o comunicación de datos personales, que requiere el cumplimiento de lo establecido en el art. 11 LOPD. No obstante, a diferencia de la privatización de servicios públicos donde la cesionaria era entidad privada, el hecho de que la comunicación se realice entre Administraciones Públicas y sea para la prestación del mismo servicio público permite entender que estamos en el supuesto previsto en el art. 21 LOPD –art. 10.4.c) Reglamento–, que expresamente habilita la comunicación de datos a otras Administraciones Públicas “para el ejercicio de competencias idénticas o que versen sobre las mismas materias”¹¹³. Este precepto es aplicable no sólo a otras Administraciones Públicas territoriales sino también y especialmente a Entes instrumentales de naturaleza pública que han sido creados por la Administración territorial matriz para la prestación de servicios públicos de su competencia. Además, si el encargo de tratamiento ha sido configurado en la Directiva 95/46/CE y en la LOPD como una excepción a la comunicación de datos personales, posiblemente para eludir el régimen de las cesiones –“no se considerará comunicación de datos”–, la facilidad de las cesiones de datos entre Administraciones Públicas para la prestación de servicios públicos evita acudir a la figura del encargo de tratamiento de datos. Lógicamente, también es aplicable a la colaboración entre Administraciones Públicas otros supuestos que legitiman la cesión sin el consentimiento del interesado como el que ésta esté autorizada en una ley –art. 11.2.a) LOPD–, un supuesto especialmente aplicable a los Entes públicos que son creados por Ley. También es de aplicación a la cesión entre Administraciones Públicas la excepción del consentimiento “[c]uando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desa-

¹¹³ Esta habilitación legal para la comunicación de datos entre Administraciones Públicas que desarrollan las mismas competencias se emplea, por ejemplo, cuando las Entidades Locales atribuyen la competencia para prestar sus servicios municipales a una entidad pública con personalidad jurídica distinta, como un organismo autónomo o un consorcio al que comunican los datos de los abonados

rollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima cuando se limite a la finalidad que lo justifique” –art. 11.2.c) LOPD–. Si la colaboración entre Administraciones Públicas es un encargo de tratamiento de datos, éste debe constar en por escrito. Así, el convenio, el acuerdo o el instrumento que regule las relaciones entre éstas Administraciones Públicas debe incluir las cláusulas establecidas en el art. 12 LOPD. En el caso de la colaboración interadministrativa, la materialización del encargo de tratamiento por escrito no es importante porque sirva para eludir la cesión de datos personales –ya hemos visto que es fácil en este ámbito–, sino porque delimita claramente ante el ciudadano quién es el responsable del fichero –y de las posibles infracciones– y quién es sólo un encargado del tratamiento que trata los datos conforme a las instrucciones del responsable, no puede aplicarlos a un fin distinto ni comunicarlos a terceras personas. Logicamente la colaboración entre Administraciones Públicas, tanto si es una cesión de datos personales o un encargo de tratamiento, mantiene el régimen jurídico público del fichero.

Hasta aquí hemos analizado las consecuencias que la privatización de los servicios públicos y la colaboración interadministrativa en su prestación tienen en la delimitación de las figuras del responsable del fichero y del encargado del tratamiento. Nos quedaría por analizar la externalización de potestades públicas. Así, hay que señalar que en ocasiones la actividad de la Administración Pública no es fácilmente externalizable, bien por la existencia de una prohibición legal –este sería el caso de la gestión del Padrón Municipal¹¹⁴–, bien por ser una función pública de soberanía¹¹⁵. La nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece –art. 251– que la Administración “podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen

¹¹⁴ El art. 17 LBRL establece que: “[l]a gestión del padrón municipal se llevara por los Ayuntamientos con medios informáticos. Las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares asumirán la gestión informatizada de los Padrones de los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan mantener los datos de forma automatizada”. De esta forma, la gestión del padrón municipal no puede ser privatizada, lo que no impide la externalización de algunas actividades de apoyo administrativo.

¹¹⁵ Sobre las funciones públicas de soberanía que no pueden ser objeto de externalización o de privatización, cfr. nuestro trabajo *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, cit. págs. 136-146.

ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”¹¹⁶. Ahora bien, lo que está prohibido es la privatización del ejercicio de potestades de derecho público, lo que no impide la gestión indirecta de algunas actividades como la investigación de campo o el trabajo de apoyo a la tramitación y a la gestión¹¹⁷. En estos casos, la empresa adjudicataria es encargada del tratamiento ya que accede a datos personales para cumplir un servicio al responsable del fichero, lleva a cabo un tratamiento no para fines propios sino para los de la Administración, que es quien tiene una relación jurídica con el ciudadano. Así, no es externalizable en entidades privadas el ejercicio de la potestad tributaria; únicamente es legítimo contratar la gestión indirecta de actividades de apoyo a la recaudación, teniendo las entidades privadas el carácter de encargado del tratamiento. Así, como señala la Agencia Española en el Informe de 2006 ya citado: “si se encomendasen a la misma empresa otras actividades, como por ejemplo, la recaudación de tasas municipales, la misma tendría en relación con los ficheros vinculados a esa labor recaudatoria, la condición de encargada del tratamiento, dado que la tasa únicamente podrá ser recaudada en nombre y por cuenta de la Administración titular de la potestad tributaria”. La percepción de una tasa pública por el servicio prestado muestra la condición de encargado de quién desarrolla una actividad en nombre y por cuenta de la Administración¹¹⁸.

¹¹⁶ Por ello, no pueden ser objeto de contrato de gestión indirecta los registros públicos, la resolución de los recursos y de los propios actos administrativos, la seguridad ciudadana, la defensa, etc. Un contrato de encargo de tratamiento con este objeto sería nulo, nulidad que podría instarse de conformidad con el art. 19.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es complicada la determinación de hasta donde alcanza la actividad de control de las Agencias de Protección de Datos en este punto. La función de las Agencias es la de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos personales y controlar su aplicación, en especial el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Inicialmente puede parecer que las Agencias deben limitarse a comprobar si existe un contrato que cumpla los requisitos establecidos en el art. 12 LOPD. No sería competencia de las Agencias la valoración de la conformidad del contrato administrativo con las normas contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como tampoco debe entrar a valorar si un contrato entre particulares respeta el Código Civil. Sin embargo, a nuestro juicio, las Agencias pueden valorar si la actividad que desarrolla la entidad contratada encaja en la figura del encargado del tratamiento e instar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de un contrato administrativo de encargo de tratamiento de una actividad que no es externalizable, ya que encubre una vulneración de la legislación de protección de datos personales.

¹¹⁷ Algunos Ayuntamientos han externalizado la investigación de campo para la resolución de recursos catastrales, los trabajos de apoyo a la tramitación y gestión de cambios de titularidad y modificaciones de la base de datos catastral, e incluso la prestación del servicio de tramitación de infracciones de tráfico. Esta cuestión la hemos analizado en la “Introducción y Presentación” a *Protección de datos personales para las Administraciones Locales*, cit.

¹¹⁸ Una empresa que presta un servicio municipal de retirada de vehículos actúa siempre en nombre y por cuenta de la Administración y no puede ser sino encargada del tratamiento de datos.

Cuestión distinta a la contratación de la gestión indirecta de actividades de apoyo a la gestión administrativa es la delegación, encomienda de gestión u otras formas de colaboración en el ejercicio de las propias potestades en otras Administraciones Públicas. La gestión tributaria nos ofrece, de nuevo, un buen ejemplo de esta cuestión. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –art. 106–, dispone que “es competencia de las Entidades Locales la gestión, recaudación e inspección de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de las Entidades Locales de ámbito superior o de las respectivas Comunidades Autónomas, y de las fórmulas de colaboración con otras Entidades Locales, con las Comunidades Autónomas o con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado”. La Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, dispone que “las Entidades Locales podrán delegar en la Comunidad Autónoma o en otras Entidades Locales en cuyo territorio estén integradas, las facultades de gestión, liquidación, inspección, y recaudación tributarias que esta Ley les atribuye. Asimismo, las Entidades Locales podrán delegar en la Comunidad Autónoma o en otras Entidades Locales en cuyo territorio estén integradas las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los restantes ingresos de Derecho público que les correspondan” –**art. 7.1**–¹¹⁹. La **Agencia Española** ha entendido tradicionalmente que esta delegación de competencias, en el caso de que se entienda como una auténtica delegación del art. 13 LRJAP y PAC o una encomienda de gestión del art. 15 LRJAP y PAC “no supone una renuncia a la competencia, de modo que los actos administrativos de la Administración delegada o encomendada se entenderán a todos los efectos como propios de la titular de la competencia (arts. 13.4 y 15.2 de la Ley 30/1992), dado lo previsto

¹¹⁹ El art. 7.2 señala que “el acuerdo que adopte el Pleno de la Corporación habrá de fijar el alcance y contenido de la referida delegación y se publicará, una vez aceptada por el órgano correspondiente de gobierno, referido siempre al Pleno, en el supuesto de Entidades Locales en cuyo territorio estén integradas en los “Boletines Oficiales de la Provincia y de la Comunidad Autónoma para general conocimiento”. El art. 7.3 establece que el ejercicio de las facultades delegadas habrá de ajustarse a los procedimientos, trámites y medidas en general, jurídicas o técnicas, relativas a la gestión tributaria que establece esta ley y, supletoriamente, a las que prevé la Ley General Tributaria. Los actos de gestión que se realicen en el ejercicio de dicha delegación serán impugnables con arreglo al procedimiento que corresponda al Ente Gestor, y, en último término, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Las facultades delegadas serán ejercidas por el órgano de la Entidad delegada que proceda conforme a las normas internas de distribución de competencias propias de dicha Entidad”. Por último, establece el art. 7.4 que “las Entidades que al amparo de lo previsto en este artículo hayan asumido por delegación de una Entidad Local todas o algunas de las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación de todos o algunos de los tributos o recursos de Derecho público de dicha Entidad Local, podrán ejercer tales facultades delegadas en todo su ámbito territorial e incluso en el de otras Entidades Locales que no le hayan delegado tales facultades”.

en el art. 7.3 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales”. Hasta ahora la Agencia Española ha entendido que la delegación de las competencias en materia de gestión, inspección y recaudación tributarias propias de un determinado Ayuntamiento prevista en el art. 7 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales podía dar lugar a un responsable del fichero o a un encargado del tratamiento. Será encargado del tratamiento cuando la entidad en quien se delegue o se encomiende la gestión tributaria se limite a la recepción de los datos y la realización de las actividades necesarias para el efectivo cumplimiento de la relación jurídica tributaria, procediendo con posterioridad a devolver al Ayuntamiento la información previamente facilitada¹²⁰. En cambio, cuando la entidad en quien se delegue –o encomiende la gestión tributaria– lleve a cabo tratamientos específicos para el desempeño de su actividad de forma que sea la propia entidad delegada la que decide sobre la finalidad, contenido y usos del tratamiento, esta Administración delegada tendría el carácter de responsable del fichero¹²¹. En este último caso, hay que señalar que la cesión sin consentimiento del interesado dispondría de la habilitación legal prevista en el art. 95.1 b) de la Ley General Tributaria, ya que la cesionaria también ejerce competencias tributarias. Sin embargo más recientemente en el Informe del año 2008 –antes citado–, la Agencia Española señala que en atención al art. 251.1 de la Ley 30/2007, “cuando lo que se contrata o concierta es la colaboración de una entidad pública o privada o de otra Administración en el ejercicio por la Administración competente de una determinada potestad de derecho público, la misma no se desplaza de la competente a la entidad o Administración contratada para el ejercicio de dicha potestad, sino que permanece en la propia Administración titular de la competencia, actuando aquélla como un representante de ésta. Así sucederá, por ejemplo, en caso de que una Diputación Provincial u otra entidad local o una empresa municipal, colabore con un Ayuntamiento en la gestión tributaria, de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. En ese supuesto, será el propio

¹²⁰ Así, es frecuente que los Ayuntamientos, a través de un Convenio de Colaboración, deleguen en un servicio de recaudación –por ejemplo, de la Diputación Provincial–, que tendría el carácter de encargado del tratamiento, la gestión y recaudación de los impuestos –por ejemplo, del Impuesto de Actividades Económicas– y derechos tributarios. El encargado tiene que adoptar, en este caso, las medidas de seguridad de nivel medio.

¹²¹ La Agencia Española cita de nuevo en este punto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 16 de noviembre de 2001, aclarada por Auto de 8 de enero de 2002. Cfr. Resolución Sancionadora de las AAPP 500/2006. Véase también el Informe 0191/2005, acerca de la naturaleza pública o Privada de una Sociedad Municipal y Organismo Autónomo de Gestión y Recaudación de Tributos Locales. Diputación Provincial de Lérida” 2002.

Ayuntamiento, como titular de la potestad tributaria en el ámbito municipal, quien siga ostentando la condición de responsable del fichero, no pudiendo ser la entidad colaboradora más que una encargada del tratamiento que, por ejemplo, recauda el tributo municipal en nombre y por cuenta del titular de la potestad tributaria”¹²².

¹²² Así, los Ayuntamientos y otras Entidades Locales que tengan delegada la gestión tributaria pueden convertirse en encargados del tratamiento de los datos por cuenta de la Dirección General del Catastro que sería la responsable del fichero. Se han firmado así Convenios que incorporan las cláusulas ya mencionadas del art. 12 LOPD Cfr. la Resolución de 19 de octubre de 2004, de la Dirección General del Catastro, por la que se da publicidad al Convenio celebrado entre la Dirección General del Catastro y el Ayuntamiento de Madrid (BOE núm. 271, de 10 de noviembre de 2004). Lo más importante es que el Ayuntamiento, además de adecuarse a la normativa de protección de datos y a las instrucciones del responsable, implante las medidas de seguridad y no destine los datos para fines propios sino para las competencias administrativas de la Dirección General del Catastro. En caso contrario, nos encontraríamos con que el encargo de tratamiento escondería una cesión de datos personales. Ya hemos señalado que es posible la subcontratación de este encargo de tratamiento siempre que esté previsto expresamente en el Convenio o esté autorizado por el responsable del fichero, siguiendo lo establecido en el art. 21 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.