



Fecha: 13 de noviembre de 2020

DICTAMEN 3/2020

Relativo a la asignación de los roles que recaen sobre la Dirección General de Transformación Digital respecto a los tratamientos que realiza o en los que participa, en el ejercicio de sus competencias, para diversas Consejerías y organismos en el seno de la Junta de Andalucía.

ANTECEDENTES (Síntesis)

- I. Tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una consulta en materia de protección de datos personales formulada por el Delegado de Protección de Datos (en adelante, el DPD) de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía relativa a la asignación de los roles de Responsable, Corresponsable y/o Encargado del Tratamiento o cualquier otra figura jurídica aplicable que recaen sobre la Dirección General de Transformación Digital (en adelante, DGTD) de la mencionada Consejería respecto a los tratamientos que realiza, o en los que participa, en el ejercicio de sus competencias para diversas Consejerías y organismos en el seno de la Junta de Andalucía.
- II. En su consulta, el DPD se refiere a varios aspectos relacionados con la competencia y funciones de la mencionada Dirección General y su participación en los sistemas, ya sean corporativos o sectoriales, utilizados en la Junta de Andalucía y, en general, sobre la consideración del papel de responsable o encargado de dichos sistemas: la circunstancia de que "la Junta de Andalucía dispone de un único número de identificación fiscal (NIF)", las competencias que ostenta la DGTD en virtud del Decreto de estructura de su Consejería, las obligaciones de un responsable en relación con la elección de un encargado, la selección de subencargados del tratamiento o la existencia de diferentes alternativas -según se plantea en la consulta- a la determinación de responsables del tratamiento en la Junta de Andalucía.
Finaliza su consulta indicando que "resulta necesario aclarar la posición que ocupa y qué responsabilidad asume la Dirección General de Transformación Digital de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía en materia de protección de datos, al ser la responsable de la dirección, desarrollo y gestión de los sistemas e infraestructuras TIC de carácter corporativo de la Junta de Andalucía, y ejercer por dichas competencias asignadas, tratamientos de actividades de numerosos centros directivos que están fuera del paraguas de la propia Consejería a la que pertenecen".
- III. La consulta, que originalmente se refería a la Dirección General de Transformación Digital de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía puede entenderse referida, en la nueva estructura de la Junta de Andalucía, a la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior.



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. De conformidad con lo establecido en los artículos 43.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA) y en el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), corresponde al Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, como autoridad autonómica de protección de datos personales, y dentro de su ámbito competencial, el ejercicio de las funciones y potestades establecidas en los artículos 57 y 58 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Reglamento General de Protección de Datos o RGPD).

Es función de la Dirección del Consejo, de acuerdo con el artículo 48.1 e) LTPA, "*[r]esponder las consultas que en materia de transparencia o protección de datos le planteen las administraciones y entidades sujetas a esta Ley*", habiéndose planteado la consulta desde una de estas administraciones o entidades.

Segunda. Para decirlo en los términos empleados por el DPD que presentó la consulta, el objeto central de la misma reside en determinar "las responsabilidades o roles que desempeña respecto al tratamiento de datos de carácter personal la Dirección General de Transformación Digital de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía".

Consulta que obedece a las dudas existentes acerca del papel que juega en el tratamiento de los datos dicha Dirección General, toda vez que a ella corresponde la dirección, desarrollo y gestión de los sistemas e infraestructuras TIC de carácter corporativo de la Administración de la Junta de Andalucía; razón por la cual lleva a cabo "tratamientos de actividades de numerosos centros directivos que están fuera del paraguas de la propia Consejería a la que pertenece". Incertidumbre que se acrecienta por la diferenciación organizativa existente al respecto en el seno de aquélla, pues si por lo general "la designación de responsables de tratamiento [...] desciende hasta el nivel de Centro Directivo", ocasionalmente se "establece como responsable a la propia Consejería".

Se acompaña al escrito de consulta como documentación complementaria un informe del titular de la Unidad de Seguridad TIC de la citada Consejería, que se adjunta -según señala el DPD signatario de la consulta- para que sus consideraciones "sean tenidas en cuenta por parte de" este Consejo. A este documento haremos, pues, frecuentemente referencia a lo largo de este Dictamen.

Es preciso, sin embargo, antes de entrar de lleno en el examen de la consulta, que nos aproximemos siquiera someramente a los principales rasgos definitorios de las figuras más relevantes que, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales, participan en los tratamientos.

Tercera. Con independencia de los propios interesados, cuyos derechos y libertades en relación con el tratamiento de sus datos personales son el objeto de protección de la mencionada normativa, la figura principal que establece la misma en relación con el cumplimiento de sus preceptos es el "*responsable del tratamiento*" o "*responsable*", que se define del siguiente modo en el artículo 4.7) RGPD: "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios*



específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros".

Sobre esta figura del responsable del tratamiento va a pivotar la mayor parte de las actuaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales, dirigidas, como ya se ha mencionado, a salvaguardar los derechos y libertades de los interesados.

Es obligado, por otro lado, señalar que es posible la existencia simultánea de más de un responsable en relación con el tratamiento; circunstancia mencionada en la propia definición de responsable del tratamiento ("*solo o junto con otros*") y a la que el RGPD dedica específicamente el artículo 26: "*Cuando dos o más responsables -dice su apartado primero- determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento*"; y prosigue a continuación este apartado señalando que "*[l]os corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información...*". Todo ello con independencia de que, como establece el artículo 26.3 RGPD, "*los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables*". Además, el acuerdo mencionado entre corresponsables, como recoge el artículo 26.2 RGPD, "*reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados*", y "*[s]e pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo*".

Por su parte, el artículo 4.8) RGPD viene a definir la figura del "*encargado del tratamiento*" o "*encargado*" como "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*". Este rasgo esencial de que actúa "*por cuenta del responsable*" evoca con toda evidencia la institución jurídica de la "*delegación*"; y, en efecto, el RGPD asume expresamente la que constituye la principal característica definitoria de ésta, a saber, que el encargado únicamente puede tratar los datos siguiendo las instrucciones del responsable [artículo 28.3 a) y artículo 29 RGPD]. La relación entre ambos y los requisitos para la participación del encargado en el tratamiento están regulados, fundamentalmente, en el artículo 28 RGPD y en el artículo 33 LOPDGDD; disposiciones estas últimas a las que tendremos que volver más adelante cuando sea preciso para atender alguna de las dudas formuladas en la consulta.

Cuarta. Ambos conceptos esenciales -responsable y encargado- ya se regulaban de una forma muy similar en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [letras d) y e) del artículo 2, respectivamente]; y, como ahora, también se planteaban dudas acerca de la determinación de su alcance y significado. De ahí que, con objeto de aclarar las mismas, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 emitiese el *Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento»*, adoptado el 16 de febrero de 2010.

En la medida en que no se aprecia ningún cambio reseñable en la definición de ambos conceptos efectuada por el RGPD respecto de la Directiva, resulta evidente que el aludido Dictamen 1/2010 sigue siendo un punto de referencia poco menos que obligado al abordar esta consulta. Importa notar al respecto que las pautas esenciales trazadas por el Dictamen 1/2010 se mantienen en términos muy semejantes en el documento del Comité Europeo de Protección de Datos *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, adoptado el 2 de septiembre de 2020 pero que se halla aún pendiente de aprobación definitiva cuando se ultiman estas líneas.



Pues bien, para hacer frente correctamente a las diversas cuestiones planteadas en la consulta, debe partirse de que la noción de “responsable” ha de entenderse como un concepto autónomo y funcional. Autónomo, *“en el sentido de que, aunque fuentes legales externas puedan ayudar a identificar quién es el responsable, dicho concepto debería interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación sobre protección de datos”*; y concepto funcional por cuanto está *“destinado a asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho y, por tanto, está basado en un análisis de hecho más que formal”* [Dictamen 1/2010, III.1.a)]. Catalogación como concepto autónomo y funcional que asume las *Guidelines 07/2020*, proyectándola expresamente tanto a la figura del responsable como a la del encargado del tratamiento (véanse, especialmente, los apartados 12 y 13).

Así, pues, todo intento de asignación de la condición de responsable o encargado del tratamiento en los casos concretos debe realizarse desde un enfoque sustantivo, rehuendo aproximaciones excesivamente formalistas a la cuestión¹. En consecuencia, la determinación del “responsable” exige identificar la instancia donde reside materialmente el poder de decidir sobre los fines y medios del tratamiento.

Por lo demás, como pauta hermenéutica que puede ser de utilidad para distinguir la figura del responsable en los casos dudosos, ha de tenerse presente, como tantas veces ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea refiriéndose al artículo 2 d) de la Directiva pero que es extensivo al prácticamente idéntico vigente artículo 4.7) RGPD, que *“el objetivo de dicha disposición consiste en garantizar, mediante una definición amplia del concepto de `responsable`, una protección eficaz y completa de los interesados”* (Sentencias de 29 de julio de 2019, *Fashion ID*, C-40/17, apartados 66 y 70; de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17, apartado 66; y de 5 de junio de 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, apartado 28).

En relación con la figura del “encargado”, ya señalamos en la anterior Consideración Jurídica que actúa por cuenta del responsable y, consecuentemente, que está obligado a seguir sus instrucciones en el tratamiento de los datos [artículo 28.3 a) y artículo 29 RGPD]. Ahora bien, según precisa el Dictamen 1/2010, el encargado *“está llamado a aplicar las instrucciones dadas por el responsable del tratamiento, cuando menos en lo relativo a los fines del tratamiento y a los elementos esenciales de los medios”*. Pues, como apostilla dicho Dictamen, la *“delegación [...] puede implicar un cierto grado de discrecionalidad sobre cómo servir mejor los intereses del responsable del tratamiento, permitiendo que el encargado del tratamiento elija los medios técnicos y de organización más adecuados”* (III.2)². Argumentación que sigue siendo plenamente válida en el marco del RGPD, como lo acredita la circunstancia de que el fragmento transcrito se mantenga en términos similares en las citadas *Guidelines 07/2020* elaboradas por el Comité Europeo de Protección de Datos (apartado 78).

Quinta. La determinación del papel que puede desempeñar en un determinado tratamiento una *“persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo”* [núms. 7) y 8) del artículo 4 RGPD]

¹ Como señalaría el Abogado General Paolo Mengozzi en las Conclusiones presentadas el 1 de febrero de 2018 en el asunto C-25/17 (*Jehovan todistajat*): *“A efectos de la determinación del `responsable del tratamiento` [...] me inclino por considerar [...] que un excesivo formalismo permitiría eludir fácilmente las disposiciones de la Directiva 95/46 y que, por consiguiente, es preciso basarse en un análisis más fáctico que formal para apreciar si la comunidad desempeña un papel efectivo en la determinación de los fines y las modalidades del tratamiento”* (apartado 68).

² En su apartado III.1.b), el Dictamen 1/2010 ya había adelantado: *“[...] mientras la determinación de los fines del tratamiento desembocaría en cualquier caso en la determinación del responsable del tratamiento, la determinación de los medios sólo implicaría un control si afectara a elementos esenciales de los medios. Desde esta perspectiva, es perfectamente posible que los medios técnicos y organizativos los determine exclusivamente el encargado del tratamiento de los datos.”*



sólo puede realizarse -caso por caso- tras el adecuado análisis, entre otras cuestiones, de las operaciones que componen dicho tratamiento, de quién toma materialmente las decisiones en relación con el mismo, de la normativa que pueda resultar aplicable, de las condiciones que habilitan su licitud, de los flujos de datos que se producen en el tratamiento y de los actores que intervienen en el mismo. Ciertamente, la catalogación del rol que asume un determinado agente en el tratamiento de datos personales únicamente es factible tras el examen casuístico del correspondiente tratamiento; tarea que, además, debe efectuarse a la luz de las concretas circunstancias -legales, técnicas y organizativas- que rodean al mismo.

En consecuencia, no es posible que abordemos en este Dictamen de forma exhaustiva cuál es el concreto papel que puede desempeñar la Dirección General de Transformación Digital en todos y cada uno de los tratamientos que, en ejercicio de sus competencias, realiza para diversas Consejerías y organismos en el seno de la Administración de la Junta de Andalucía, pues ello exige obviamente un análisis individualizado y pormenorizado de los diferentes supuestos. Nos debemos ceñir, por tanto, a apuntar indicaciones y pautas de carácter general que puedan ayudar a la determinación del papel que juega en los casos concretos, si bien la decisión definitiva deberá tomarse en el ámbito en el que se desarrolle el tratamiento en cuestión, aplicando igualmente los criterios que puedan establecerse de modo general en la Administración autonómica.

Es oportuno recordar, a estos efectos, que en la estructura administrativa de la Junta de Andalucía existe ya un centro directivo, la Secretaría General de Regeneración, Racionalización y Transparencia, a la que se atribuye “[/]la coordinación y seguimiento del cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos en el ámbito de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales, sin perjuicio de las competencias que en dicha materia puedan corresponder a otros órganos o entidades” [artículo 7.1) del Decreto 98/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local].

A nadie se le oculta que, muy probablemente, el desarrollo de la mencionada atribución favorecerá el análisis conjunto y el establecimiento de criterios generales en el ámbito de la Administración autonómica sobre el papel que, en el marco del RGPD, pueden desempeñar los diversos agentes que intervienen en los tratamientos.

Sexta. Entrando ya directamente en el examen de la consulta, comienza la misma haciendo referencia como “planteamiento inicial” al hecho de que las Consejerías y muchas entidades dependientes de las mismas comparten el mismo NIF, “considerándose todas ellas como parte de una única organización”. Se trata de una observación previa que resulta muy relevante para la elucidación de las diversas cuestiones que tendremos que abordar, ya que, como veremos a lo largo de este Dictamen, buena parte de las alternativas sugeridas por la Administración consultante se apoyan o, incluso, derivan directamente de dicho presupuesto.

Pues bien, cabe afirmar que de la circunstancia que se comparta el NIF no cabe extraer ninguna consecuencia concluyente en lo concerniente a la asignación del papel que desempeña la Dirección General de Transformación Digital en los diferentes supuestos.

Como señalamos en la Consideración Jurídica Cuarta, al afrontar la tarea de interpretar y aplicar a los casos concretos las categorías de “responsable” y “encargado” reguladas en el RGPD, debe partirse necesariamente de la premisa de que se trata de conceptos autónomos y funcionales. Por ende, de una parte, aun cuando otras fuentes normativas externas puedan ayudar a identificarlos, la interpretación de quién sea “responsable” o “encargado” ha de realizarse fundamentalmente con arreglo a la normativa europea sobre protección de datos; y, por otro lado, la asignación de una u



otra categoría debe efectuarse atendiendo a cuál sea la capacidad de influencia material, real, en el tratamiento de datos de que se trate, requiriéndose en consecuencia un examen de hecho más que formal del supuesto en cuestión.

En este marco conceptual, se hace evidente que la compartición del NIF entre las entidades que participen en el tratamiento no resulta determinante ni puede condicionar la asignación del papel que deba atribuirse a las mismas de conformidad con la normativa reguladora de los datos personales.

En efecto, la determinación de los conceptos establecidos en el RGPD no puede quedar al albur del modo en que los diferentes Estados miembros de la UE gestionen la identificación a efectos fiscales de sus Administraciones públicas u organismos y entidades a ellos vinculados. De ser así, quedarían de hecho a su disposición estas categorías esenciales de “responsable” y “encargado”, distorsionándose con ello el delicado sistema de imputación de responsabilidades diseñado por la UE con la finalidad de tutelar el derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos.

Séptima. Sobre la base de que las Consejerías y numerosos organismos comparten un único NIF, el Informe adjunto a la consulta sugiere como una posible alternativa que se considere a “la Junta de Andalucía la responsable de los tratamientos, en lugar de los Centros Directivos”.

Para calibrar adecuadamente esta opción, conviene tener presente que -según establece el artículo 99.1 de nuestro Estatuto de Autonomía (en adelante, EAA)- la noción de “Junta de Andalucía” es un concepto amplio que comprende también al propio poder legislativo (“*La Junta de Andalucía está integrada por el Parlamento de Andalucía, la Presidencia de la Junta y el Consejo de Gobierno*”). Por consiguiente, ha de entenderse que tal sugerencia se refiere a imputar la condición de responsable único de la totalidad de los tratamientos realizados por la Administración autonómica al Consejo de Gobierno, en cuanto órgano que “*dirige la Administración y desarrolla las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía*” (artículo 119. 2 EAA), además de corresponderle “*el ejercicio de la potestad reglamentaria*” (art. 119.3 EAA).

Este Consejo no puede compartir que sea una alternativa factible en el marco del RGPD atribuir, sin más y generalizadamente, a los integrantes del Consejo de Gobierno la condición de único responsable de todos los tratamientos de datos efectuados por la Administración autonómica.

Así es; con independencia de su dudoso encaje con el carácter funcional del concepto de responsable, dicha generalización se compadece mal con el principio de transparencia consagrado en el artículo 5.1 a) RGPD. Principio cuyo alcance precisa el Considerando 39 RGPD en los siguientes términos: “*Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo...*”.

La atribución de todo tratamiento de datos personales a “la Junta de Andalucía” -cuando existe dentro de la misma una clara distribución de competencias y funciones entre los diversos órganos superiores o directivos, en virtud de lo dispuesto por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, por los Decretos de la Presidencia que reestructuran las Consejerías o por los propios Decretos de estructura de las mismas- impediría ciertamente a los interesados percibir con nitidez cuál es el concreto órgano que materialmente toma las decisiones sobre los fines y medios esenciales de los tratamientos a que están sometidos.



Consciente posiblemente de las circunstancias comentadas, el Informe apunta que “podría plantearse declarar la Responsabilidad de tratamiento a dos niveles”: en el primer nivel se encontraría [el Gobierno de] “la Junta de Andalucía” y, en un segundo nivel, “los centros directivos”. Sin embargo, este eventual reconocimiento de una “responsabilidad a dos niveles” no está en absoluto contemplado en la normativa de protección de datos personales: Sencillamente, en el régimen jurídico diseñado por el RGPD, se es responsable o no se es. A menos -claro está- que con esta “responsabilidad a dos niveles” el Informe quiera denotar la posibilidad de que se reconozca a la Dirección General de Transformación Digital la condición de corresponsable del tratamiento. Pero sobre esta hipótesis tendremos que volver más adelante.

En cualquier caso, el Informe entiende que dicha atribución de la condición de único responsable a la Junta de Andalucía sería compatible con “que el acceso y ejercicio de derechos por parte de la ciudadanía se ejerciera frente a las distintas unidades identificadas en los distintos Decretos de Estructura [...]”. Por lo que hace a esta consideración, es necesario tener presente que, con carácter general, los derechos de los interesados consagrados en el RGPD deben ejercerse ante el responsable del tratamiento, tal y como establece su artículo 12.3 respecto del conjunto de los derechos y se refleja después específicamente en relación con cada uno de ellos (artículos 15.1, 16, 17.1, 18.1, 19, 20.1, 21.1 y 22.2 RGPD). Por lo tanto, en línea de principio, “las distintas unidades” a las que alude el Informe no podrán atender el ejercicio de los derechos en el caso de que operen en calidad de encargados de tratamiento según lo dispuesto en el RGPD. Únicamente la LOPDGDD abre en su artículo 12.3 la posibilidad de que el encargado del tratamiento también intervenga en este ámbito, permitiendo que tramite “*por cuenta del responsable*” las solicitudes de ejercicio de derechos, “*si así se estableciera en el contrato o acto jurídico que les vincule*” (sobre esta cuestión véase nuestra Resolución RED 2/2020, de 20 de octubre).

Por lo demás, no parece necesario insistir en cuán disfuncional sería considerar como único responsable al Gobierno de la Junta de Andalucía, ya que, a menos que se diera el supuesto contemplado en el artículo 12.3 LOPDGDD, sus miembros serían siempre los encargados de gestionar las solicitudes de ejercicio de derechos, apareciendo así también, gráficamente, como los vulneradores de los mismos en el caso de que la autoridad independiente de control o, en última instancia, los órganos judiciales apreciaran la violación de los derechos de los interesados.

Octava. Precisando el papel que cabe atribuir a la repetida Dirección General en el marco de la anterior alternativa, el Informe adjunto a la consulta sugiere que pueda considerarse que la misma actúa “como autorizada (o centro directivo competente) para tratar los datos personales del resto de organismos de la Junta de Andalucía en virtud de las competencias asignadas por el Decreto de Estructura [...] y, sobre todo, sobre la base de que la Junta es una única organización dado que dispone de un único NIF”.

Pues bien, por lo que hace a este papel de “autorizada/o” para tratar datos personales, hemos de comenzar apuntando que el RGPD ha optado por no definirlo expresamente. En efecto, como ya sucediera bajo la Directiva 95/46/CE [art. 2 f)], se configura como una categoría puramente residual, que únicamente se delimita negativamente por exclusión de las otras figuras que aparecen en la definición del concepto de “tercero” en el artículo 4.10): “*persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable o encargado*”. Supeditación a la autoridad directa de éstos que, según dispone el artículo 29 RGPD, fundamentalmente implica que sólo “*podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros*”.



Hasta la fecha, la noción de “personas autorizadas” como categoría autónoma se ha vinculado de forma absolutamente generalizada con las personas físicas que se hallan al servicio del responsable o del encargado del tratamiento; y, en este sentido, el Dictamen 1/2010 se refiere a “sus empleados” (III.3). Como era de esperar, las *Guidelines 07/2020* siguen esta línea y mencionan, además de a los empleados, a las personas que desempeñan un papel muy semejante a éstos, citando como ejemplo al personal interino suministrado por una empresa de trabajo temporal (apartado 86)³.

Sea como fuere, por amplia que sea la interpretación que se quiera dar al concepto, a nadie se le oculta que se trata de una categoría que resulta de más que dudosa aplicación a las Administraciones públicas, como -por lo demás- se refleja en el propio Informe al apuntar que la Dirección General operaría como “autorizada (o centro directivo competente)... en virtud de las competencias asignadas por el Decreto de Estructura”. Efectivamente, si la repetida Dirección General está legitimada para el tratamiento de datos personales, ello no deriva de una pretendida potestad de autorización discrecional radicada en el responsable, sino que es la consecuencia obligada de la ostentación de una competencias conferidas por el ordenamiento cuyo ejercicio exige el tratamiento de tales datos.

La determinación del papel que cabe asignar a la misma en los diferentes supuestos debe, pues, centrarse en las categorías de “responsable” y “encargado” del tratamiento.

Novena. Y, en efecto, otra de las alternativas apuntadas en el Informe es entender que la Dirección General de Transformación Digital interviene en calidad de encargado del tratamiento. Sin embargo, apunta de inmediato el Informe, “este planteamiento parece contradecir la idea de que un encargado del tratamiento sea una entidad o empresa externa distinta al organismo responsable (que en definitiva es la Junta de Andalucía)”; y abunda sobre el particular señalando que la reiterada Dirección General “no es un ente externo a la Junta de Andalucía como pueda ser SANDETEL (con NIF diferente y entidad jurídica independiente) o una empresa privada que actúe como proveedor y a la postre encargado de tratamiento”. Y concluye, en fin, para subrayar la inidoneidad de atribuirle el rol de encargado del tratamiento: “No tiene sentido porque al ser una misma organización no tienen razón de ser esos acuerdos de voluntad de parte que son los documentos jurídicos vinculantes destinados a entes jurídicamente independientes entre Responsable de Tratamiento y Encargado de Tratamiento”.

Pues bien, el hecho de que dicha Dirección General forme parte del “organismo responsable (que en definitiva es la Junta de Andalucía)” en modo alguno puede afectar a la asignación de la función que deba atribuirse a la misma con base en el RGPD. En efecto, no podemos sino remitirnos a lo argumentado en los anteriores fundamentos jurídicos, e insistir por tanto en que la caracterización del papel que juega la reiterada Dirección General en los tratamientos de que se trate será la que se determine en cada caso concreto de acuerdo con las categorías establecidas en la normativa de protección de datos, por lo que su pertenencia a una misma organización (la Junta de Andalucía) no excluye *sic et simpliciter* su posible consideración de encargado del tratamiento.

³ De hecho, la normativa aprobada por diversos Estados miembros para adaptar su legislación al RGPD relacionan explícitamente el concepto de “personas autorizadas” con las personas físicas que trabajan para el responsable o el encargado del tratamiento. Baste apuntar como ejemplos la *Data Protection Act* británica de 2018 [secciones 32(3) y 33(2)], así como el artículo 2 quaterdecies del italiano Decreto legislativo n. 196, de 30 de junio de 2003, regulador del “Código en materia de protección de datos personales” (artículo que fue introducido en dicho Código por el Decreto legislativo n. 101, de 10 de agosto de 2018, por el que se establecieron “Disposiciones para la adecuación de la normativa nacional a las disposiciones del Reglamento (UE) 2016/679...”)



Antes al contrario, la propia LOPDGDD reconoce expresamente esta eventualidad en su artículo 33.5, que dice así:

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

De este modo, el legislador orgánico no viene sino a explicitar la lógica conclusión de que, en el seno de los poderes públicos, puede ser una norma la que opere como el "acto jurídico" regulador de los encargos de tratamiento, en los términos contemplados en el artículo 28.3 RGPD: *"El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable".*

Por consiguiente, siempre y cuando incorpore el contenido mínimo impuesto por el artículo 28.3 RGPD, nada se opone a que sea una norma la que fije el vínculo entre la tantas veces mencionada Dirección General y el responsable, precisando las competencias que desarrollará aquella en su condición de encargada del tratamiento.

Pero esta es una posibilidad que ya se daba en la práctica antes de la entrada en vigor de la LOPDGDD. Baste citar a este respecto el Informe 333/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), en donde resolvió una consulta planteada acerca de la posición jurídica de la Gerencia Informática de la Seguridad Social (GISS) en relación con los servicios informáticos que presta para otros órganos del Ministerio, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. Tras aseverar el Informe que cuando una norma atribuye una competencia consistente *"en prestar servicios a otros órganos u organismos, y la prestación de servicios conlleva el tratamiento de datos de carácter personal, la atribución competencial en la norma lleva implícita la condición de encargado del tratamiento"*, concluiría del siguiente modo la AEPD:

"Por tanto, en la medida en que la Gerencia de Informática de la Seguridad Social ejercite competencias atribuidas en la normativa de organización que impliquen la prestación de servicios de tratamiento de datos personales para otros órganos u organismos, y que la norma atribuya estas competencias de tal forma que los datos sólo puedan tratarse para los fines para los que inicialmente fueron recabados - no pudiendo ser destinados por la GISS a fines propios - ni puedan ser comunicados a terceros, y deba ejercer sus competencias ajustándose a las directrices e instrucciones de órganos directivos, entendemos que podrá existir un encargo de tratamiento sin necesidad de la celebración de un contrato."

Y ello con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad y de su dependencia orgánica:

"Como vemos, a esta conclusión se ha llegado con independencia de que el encargado del tratamiento tenga o no dependencia orgánica de aquellos a los que presta servicios, o que tenga o no personalidad jurídica; otra cosa sería si la prestación de servicios no se llevara a cabo por la mera atribución de competencias, sino en virtud de una encomienda de gestión, o de un convenio o contrato administrativo. En este último caso, recordemos que la Disposición Adicional 26ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, determina que «[p]ara 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»⁴, con las especificidades establecidas en tal Disposición Adicional."

Por otro lado, ya se cuenta con casos concretos en los que, en aplicación de lo previsto en el artículo 35.5 LOPDGDD, un organismo público ejerce de encargado respecto a tratamientos de uno o varios responsables sin la existencia de un contrato. Así, la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece lo siguiente en su apartado Primero: *"1. Encomendar a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo urgente y operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. [...] El responsable del tratamiento será el Ministerio de Sanidad y el encargado del tratamiento y titular de la aplicación será la Secretaría General de Administración Digital. El Ministerio de Sanidad, como responsable del tratamiento, autoriza a la Secretaría General de Administración Digital a recurrir a otros encargados en la ejecución de lo previsto en este apartado"*.

Otro ejemplo aún más reciente, y más cercano a la naturaleza de la cuestión que nos ocupa, lo proporciona el Decreto 80/2020, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana, de atribución al centro directivo con competencias horizontales en tecnologías de la información y las comunicaciones del encargo del tratamiento de datos personales de los departamentos y los organismos autónomos de la Administración de la Generalitat. Puede ser de utilidad a los efectos de esta consulta transcribir el siguiente fragmento de su artículo único:

"En el ejercicio de sus atribuciones, el centro directivo con competencias horizontales en tecnologías de la información y las comunicaciones actuará como encargado del tratamiento de datos personales que efectúen los departamentos y los organismos autónomos de la Administración de la Generalitat como responsables del tratamiento en el ámbito de sus respectivas competencias.

Este centro directivo podrá recurrir a otro encargado del tratamiento cumpliendo con los apartados 2 y 4 del artículo 28 del Reglamento general de protección de datos.

De acuerdo con el artículo 28.3 del Reglamento general de protección de datos y el artículo 33.5 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la DGTIC, en su condición de encargada del tratamiento de los datos personales que son responsabilidad de los diferentes órganos de la administración autonómica, actuará de conformidad a las siguientes condiciones: [...]".

En cualquier caso, el instrumento que ofrece la LOPDGDD en su artículo 33.5 no supone que, en el ámbito del sector público, no pueda formalizarse el vínculo entre responsables y encargados a través de *"un contrato u otro acto jurídico"* (art. 28.3 RGPD) que resulte pertinente (convenios, encomiendas...), siempre y cuando los mismos -como es obvio- se atengan al contenido necesario exigido en dicho artículo 28.3 RGPD.

Décima. Pero el Informe encuentra asimismo en el artículo 28.1 RGPD un impedimento para asignar a la Dirección General la condición de encargado de tratamiento, al establecer que el responsable *"elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías [...]";* capacidad de elección que tiene su lógico correlato en la prohibición de que el encargado pueda nombrar subencargados *"sin*

⁴ Idéntica referencia puede encontrarse hoy en la Disposición Adicional 25ª de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable” (artículo 28.2 RGPD). Pese a lo dispuesto en estos preceptos, sostiene el Informe que “nadie elige ni tampoco revoca dicha elección”, ya que “esto viene impuesto a nivel de organización de la Junta de Andalucía en la distribución de competencias al más alto nivel”. Y en el escrito de consulta el DPD se hace eco de esta observación señalando que, en efecto, “son las propias normas que regulan la organización y distribución competencial en el seno de la Junta de Andalucía las que han ordenado que determinados organismos se apoyen en determinados servicios corporativos e infraestructuras horizontales, bajo la competencia de la DGTD”.

Este Consejo, por el contrario, no puede compartir la apreciación de que tales disposiciones se opongan o supongan rémora alguna para la atribución del papel de encargado a la tantas veces reiterada Dirección General. La “libertad de elección” a favor del responsable que dichos preceptos garantizan ha de concebirse obviamente, como no puede ser de otra manera, en el marco del sector del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación. Y cuando de poderes públicos se trata va de suyo que el responsable habrá de atenerse al sistema normativo regulador de la organización y el reparto competencial en el seno de la Administración correspondiente.

En resumidas cuentas, a juicio de este Consejo, las eventuales limitaciones que pueda experimentar el responsable en la elección del encargado o de los posibles subencargados, derivadas de la aplicación de la normativa vigente en la organización, no suponen ningún obstáculo para que se reconozca a la Dirección General la condición de encargado de tratamiento.

Undécima. Y, en fin, el Informe que acompaña a la consulta plantea la corresponsabilidad como una de las posibles alternativas: “se podría considerar a los organismos correspondientes como responsables a efectos funcionales y a la DGTD como responsable en aspectos de implementación tecnológica”; opción que permitiría -prosigue el Informe- “delimitar de forma precisa las distintas responsabilidades entre los organismos e identificar las acciones a realizar por cada uno de ellos en materia de protección de datos”.

Ciertamente, no cabe en modo alguno descartar la hipótesis de que, en ejercicio de sus competencias horizontales, la reiterada Dirección General pueda actuar en calidad de corresponsable, en cuanto participe junto con otro responsable en la determinación de “los objetivos y los medios del tratamiento” (art. 26 RGPD). Y para valorar en los supuestos concretos cuándo puede considerarse que actúa en su condición de tal, puede ser de alguna utilidad traer a colación los siguientes criterios extraídos de la jurisprudencia del TJUE, aunque ninguna de las Sentencias recaídas versen sobre casos relativos al sector público:

- Aunque la corresponsabilidad entraña que todas las entidades intervinientes determinen conjuntamente los fines y medios de los tratamientos, no es condición *sine qua non* que todas tengan un similar grado de implicación en los mismos: “Dado que el objetivo de dicha disposición [art. 2 d) de la Directiva 95/46/CE] consiste en garantizar, mediante una definición amplia del concepto de `responsable`, una protección eficaz y completa de los interesados, la responsabilidad conjunta no supone necesariamente que, con respecto a un mismo tratamiento de datos personales, los diversos agentes tengan una responsabilidad equivalente. Bien al contrario, los agentes pueden estar implicados en distintas etapas del tratamiento y en distintos grados, de modo que el nivel de responsabilidad de cada uno de ellos debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso concreto.” (Sentencia de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat*, C-25/17, apartado 66; asimismo, la Sentencia de 5 de junio de 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, apartado 43, y la Sentencia de 29 de julio de 2019, *Fashion ID*, C-40/17, apartado 66).



- Y, por otro lado, *“la responsabilidad conjunta de varios agentes respecto a un mismo tratamiento [...] no supone que cada uno de ellos tenga acceso a los datos personales en cuestión”*. (Sentencias de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat*, apartado 69; de 5 de junio de 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, apartado 38, y de 29 de julio de 2019, *Fashion ID*, apartados 69 y 82).

Duodécima. A modo de conclusión de cuanto se lleva expuesto -y salvando los tratamientos en los que eventualmente pueda considerarse que opera como único responsable-, el papel que generalmente desempeñará la reiterada Dirección General será el de encargado del tratamiento o el de corresponsable; asignación que se deberá determinar casuísticamente a partir del examen detallado del concreto tratamiento y de la naturaleza de la participación que tenga en el mismo.

En este análisis, además de contarse con la participación de las partes (y de los correspondientes Delegados de Protección de Datos), y en la medida en que el tratamiento fuera de tipo horizontal o afectara a varias Consejerías, sería también recomendable la participación del órgano mencionado en la Consideración Jurídica Quinta, esto es, la Secretaría General de Regeneración, Racionalización y Transparencia, entre cuyas competencias está la coordinación y seguimiento del cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos en el ámbito al que se refiere la consulta objeto de este Dictamen.

Este Consejo se ofrece igualmente, como no puede ser de otra manera, para colaborar en tareas de asesoramiento sobre cuestiones concretas que puedan suscitarse en relación con el examen de los mencionados tratamientos.

Decimotercera. De acuerdo con lo indicado en los Antecedentes, la consulta, que originalmente se refería a la Dirección General de Transformación Digital de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, puede entenderse referida, en la nueva estructura de la Junta de Andalucía, a la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, siendo obviamente asimismo aplicable a la misma lo argumentado en el presente Dictamen.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Manuel Medina Guerrero