

Dictamen en relació amb la consulta plantejada per un Patronat respecte diverses qüestions relatives a la transferència o comunicació internacional de dades de caràcter personal

Es presenta davant l'Agència Catalana de Protecció de Dades un escrit del director del Patronat ... (en endavant, el Patronat), en el qual es sol·licita assessorament de l'Agència en relació amb diverses qüestions relacionades amb la protecció de dades personals, principalment, amb el règim aplicable a la transferència o comunicació internacional de dades de caràcter personal (en endavant, TID).

Analitzada la consulta, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent:

I

(...)

II

(...)

Tal i com s'explica en la consulta, segons els seus Estatuts, el Patronat és una entitat que té caràcter consorcial, dotada de personalitat jurídica pròpia, i està sotmesa a l'ordenament jurídic públic amb una durada indefinida.

Segons es concreta en l'article 4 dels Estatuts, són membres del Patronat, entre d'altres, la Generalitat de Catalunya, els Ajuntaments de les quatre capitals de província catalanes, les diputacions, Universitats catalanes, Cambres de Comerç, indústria i Navegació, i diverses Caixes d'Estalvis.

Pel que fa a les finalitats i funcions del Patronat, en l'article 2 dels Estatuts, es disposa que:

“El Patronat té la finalitat d'organitzar a Catalunya activitats i prestar serveis relacionats amb la difusió a la societat civil catalana dels coneixements i la informació necessaris per promoure la seva internacionalització.

Aquestes finalitats es concreten en les funcions següents:

(...)

Atorgar beques i ajuts a persones físiques per encoratjar la recerca, així com instituir premis amb la mateixa finalitat.

En general, organitzar o participar en qualsevol altra activitat que, dins del seu àmbit de treball, interessi als seus patrons o directament a la societat catalana.

(...)”.

A partir d'això, la consulta afegeix que, respecte la funció d'atorgar beques i ajuts a persones físiques, *“les dades dels sol·licitants d'aquests ajuts es comuniquen a països on el grau de protecció no és equiparable al de la UE”.*

A continuació es concreta que la finalitat de les TID dels sol·licitants de les beques i ajuts a les delegacions del Govern de la Generalitat de Catalunya de tercers països on el grau de protecció no és equiparable al de la UE, és la d'informar sobre les activitats i les beques que porta a terme el Patronat.

A partir d'això, i abans d'entrar en el règim aplicable a les TID, cal fer d'entrada unes consideracions generals respecte les obligacions que es deriven de la normativa de la protecció de dades.

III

Partim de la base que qualsevol tractament de dades de caràcter personal, ha d'estar sotmès al conjunt dels principis i les garanties establertes en la normativa de protecció de dades, en concret, en la Llei 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD), així com en el Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD).

Segons la LOPD és dada personal qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables (article 3.a) de la LOPD), i suposa un tractament de dades qualsevol operació les operacions i els procediments tècnics de caràcter automatitzat o no, que permetin recollir, gravar, conservar, elaborar, modificar, bloquejar i cancel·lar, així com les cessions de dades que derivin de comunicacions, consultes, interconnexions i transferències (article 3.c) de la LOPD). La comunicació de dades de persones físiques, com qualsevol altra fase del "tractament de dades", es troba sotmesa a la normativa de protecció de dades, independentment que el tractament constitueixi una transferència internacional de dades.

Una de les obligacions previstes en la LOPD en relació amb qualsevol tractament, impliqui o no una TID, és la de crear els corresponents fitxers de dades de caràcter personal, en els termes previstos a la LOPD i el RLOPD.

En relació amb els fitxers relacionats amb el Patronat, en el Decret (...), es va crear el fitxer "Directori de trameses (Eticard)", del Patronat, que té per finalitat el recull de dades de persones i col·lectius amb què es relaciona el Patronat, a fi de trametre informació sobre les seves activitats; realització de trameses d'informació i confecció d'estadístiques. A banda d'aquest fitxer, en una altra disposició es creen tres fitxers:

- "Fitxer de PARTICIPANTS, SUBSCRIPTORS I DESTINATARIS del Patronat ...", que té per finalitat gestionar la distribució de les publicacions i d'altres comunicacions que emet periòdicament el Patronat, així com la participació en els esdeveniments i activitats que organitza.

- "Fitxer de PROVEÏDORS I FIGURES ASSIMILADES del Patronat ...", que té per finalitat el manteniment i l'execució de la relació comercial entre el proveïdor i el Patronat.

- "Fitxer de RECURSOS HUMANS del Patronat ...", que té per finalitat gestionar, executar i mantenir la relació laboral amb els treballadors (...).

Respecte el contingut d'aquests o altres fitxers del Patronat que es poguessin crear, cal tenir en compte el que disposa l'article 20.2 de la LOPD pel que fa a la creació de fitxers de titularitat pública:

"Les disposicions de creació o de modificació de fitxers han d'indicar:

a) La finalitat del fitxer i els usos previstos.

b) Les persones o els col·lectius sobre els quals es pretén obtenir dades de caràcter personal o que estiguin obligats a subministrar-les.

c) El procediment de recollida de les dades de caràcter personal.

d) L'estructura bàsica del fitxer i la descripció dels tipus de dades de caràcter personal incloses en el mateix fitxer.

e) Les cessions de dades de caràcter personal i, si s'escau, les transferències de dades que es prevegin a països tercers.

f) Els òrgans de les administracions responsables del fitxer.

g) Els serveis o les unitats davant els quals es puguin exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.

h) Les mesures de seguretat amb indicació del nivell bàsic, mitjà o alt exigible.

3. En les disposicions que es dictin per a la supressió dels fitxers, se n'ha d'establir el destí o, si s'escau, les previsions que s'adoptin per destruir-los."

L'article 54.1 del RLOPD ha complementat aquestes previsions, ampliant en algun apartat (punts c), d) i e) del citat article 20.2 de la LOPD), la informació que cal consignar:

(...)

*b) L'origen de les dades, amb indicació del col·lectiu de persones sobre les quals es pretén obtenir dades de caràcter personal o que estiguin obligats a subministrar-les, el procediment de recollida de les dades i la seva **procedència**.*

*c) L'estructura bàsica del fitxer, mitjançant la descripció detallada de les dades identificatives, i si s'escau, de les dades especialment protegides, així com de les restants categories de dades de caràcter personal que hi estan incloses i **el sistema de tractament utilitzat en la seva organització**.*

(...)

*e) Les transferències internacionals de dades previstes a tercers països, **amb indicació**, si s'escau, dels països de destí de les dades.*

(...)"

Caldria revisar la descripció dels quatre fitxers citats del Patronat, per ajustar-los a les previsions citades de la LOPD i el RLOPD.

(...)

A banda d'això, en relació amb les funcions del Patronat (article 2 dels Estatuts), val a dir que la funció concreta de tractar dades personals per a atorgar beques i ajuts a persones físiques, objecte de consulta, no es troba recollida, com a mínim amb certa concreció, en cap dels quatre fitxers citats.

Aquesta Agència ha fet avinent en diverses ocasions la conveniència de donar una informació precisa sobre les finalitats i els usos d'un fitxer. En concret, com es va posar de manifest en la Memòria de 2008 de l'Agència Catalana de Protecció de Dades:

"Aquestes consideracions fan referència a la determinació clara dels usos dels fitxers, (...). Les consideracions que ha fet l'Agència relatives a aquestes qüestions coincideixen amb les fetes en anys anteriors, (...), especialment, pel que fa a la necessària distinció i concreció de la finalitat i dels usos previstos per al fitxer o tractament de dades. En molts fitxers s'ha previst una finalitat genèrica que podria derivar en diversos usos. Per això l'Agència considera més adequat a les previsions de l'article 20.2.a) de la LOPD que s'especifiqui, tant com sigui possible, no tan sols el que seria la finalitat principal del fitxer, sinó també els usos rellevants que se'n poden derivar (...):"

Així doncs es podria valorar la possibilitat que els fitxers de dades del Patronat (ja sigui els creats o d'altres que fos pertinent crear) reflectissin de forma concreta els tractaments que es deriven de les diferents funcions del Patronat, segons els seus Estatuts, entre d'altres, la citada en la consulta, relativa a la concessió de beques i ajuts a persones físiques.

També hem de fer esment a la necessitat d'ajustar els fitxers del Patronat, si escau, al que disposa l'article 54 del RLOPD, citat. Especialment, atesos els termes de la consulta, en referència a les TID, amb indicació, si s'escau, dels països de destí de les dades.

Es dedueix de la consulta que el Patronat té previst realitzar TID per al compliment d'alguna de les seves funcions. Tot i això, en els quatre fitxers creats del Patronat no s'indica l'existència de TID ni els països de destí de les dades. Per bé que aquests fitxers varen ser creats amb anterioritat a l'entrada en vigor del RLOPD, això no obsta perquè sigui necessari fer constar la informació relativa a les TID i, per tant, modificar els fitxers que es refereixin a tractaments de dades que impliquen TID, o bé fer constar aquesta circumstància en fitxers de nova creació, si escau.

IV

Abans, d'entrar pròpiament en el règim aplicable a les TID, hem de fer una altra consideració sobre la finalitat de la comunicació.

D'entrada sembla que les dades dels sol·licitants "es comuniquen" a les delegacions del Govern, per tant, es podria deduir que el Patronat ja disposa d'aquestes dades. A continuació, s'afegeix que la finalitat de la TID de les dades dels sol·licitants a les delegacions del Govern "és la d'informar sobre les activitats i les beques que porta a terme el Patronat ...". Si ens atenim a aquesta explicació, sembla que les dades que ja es tenen en el Patronat de persones sol·licitants d'ajut, es comuniquen precisament per informar sobre aquestes beques, i sobre activitats en general.

Així doncs podria entendre's que es planteja la comunicació de dades dels sol·licitants, per tal que aquests mateixos rebin més informació des d'altres països, o bé que la consulta es refereix a la TID, en termes més generals, per a donar compliment a d'altres funcions que preveuen els Estatuts del Patronat, més enllà de la concessió de beques. Per exemple, es podria estar plantejant la comunicació de dades de sol·licitants de beques a les delegacions situades en tercers països, per tal que aquests rebin informació diversa d'interès, no només relacionada amb la concessió de la beca, sinó amb d'altres activitats realitzades per la delegació o per tercers.

Al respecte, i sens perjudici d'altres consideracions que farem més endavant, cal que fem una precisió respecte els principis de qualitat i de finalitat. Segons disposa l'article 4 de la LOPD:

"1. Les dades de caràcter personal només es poden recollir per ser tractades, així com sotmetre-les a aquest tractament, quan siguin adequades, pertinents i no excessives en relació amb l'àmbit i les finalitats determinades, explícites i legítimes per a les quals s'han obtingut.

2. Les dades de caràcter personal objecte de tractament no es poden utilitzar per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals les dades hagin estat recollides. (...)."

Independentment que la comunicació de dades personals hagi d'implicar, en un cas concret, la comunicació a països tercers i s'estableixi una TID, en qualsevol cas és necessari donar compliment al principi de qualitat, és a dir, cal que les dades personals s'utilitzin per a una finalitat legítima i concreta.

Des d'aquest punt de vista, i tenint en compte que el Patronat realitza funcions diverses, és important acotar el flux informatiu en cada cas, ja que per exemple, les dades personals requerides per donar una informació general (dades simplement identificatives o de contacte) poden no ser les mateixes que les que es requereixen per a la concessió d'un ajut econòmic, o una beca per a realitzar un curs de formació, per exemple (cas en el qual es requerirà molt probablement tractar dades de formació, *currículum vitae*, dades bancàries, en definitiva, dades que en conjunt poden arribar a donar un perfil de la persona; fins i tot, i això no és descartable, podria ser necessari en determinats casos tractar dades de salut, que són dades especialment sensibles, segons disposa l'article 7 de la LOPD). Serveixi aquest exemple per il·lustrar que, independentment que sigui necessari o pertinent fer una TID en un cas concret, és convenient concretar amb precisió cada tractament de dades, per assegurar que es tractaran només les dades que resulten idònies per a cada finalitat específica.

D'altra banda cal apuntar que en el cas que ens ocupa el Patronat és, als efectes de la LOPD, el responsable del tractament de les dades, atès que *"és responsable del fitxer o tractament de dades la persona física o jurídica, de naturalesa pública o privada, o òrgan administratiu, que decideixi sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament de les dades"* (article 3.d) de la LOPD).

Partim de la base que el Patronat tracta les dades de caràcter personal a través dels corresponents fitxers, qüestió a la qual ja ens hem referit. En tant que responsable de la informació personal que ha de tractar per a complir amb les seves funcions, el Patronat ha de vetllar per la correcta aplicació dels principis i obligacions de la normativa de protecció de dades.

V

Amb el que s'ha esmentat fins ara en aquest dictamen, es pot avançar la resposta a les dues primeres preguntes del Patronat, formulades en els següents termes:

*“Quin és el procediment per **legalitzar** una transferència internacional de dades personals dels sol.licitants de les beques i els ajuts a països on el grau de protecció no és equiparable al de la UE, per part d’una entitat del sector públic de la Generalitat de Catalunya com el Patronat (...)”.* (Pel que fa a la segona pregunta, es refereix, en termes similars, a la **“legitimació”** de les TID.)

En qualsevol cas, des de la perspectiva de la protecció de dades, cal partir de la base que resultarà “legítima” la TID que s’ajusti a les exigències de la normativa corresponent, en concret, la LOPD. Un tractament de dades de caràcter personal es pot considerar “legal” quan s’ajusta, en totes les seves fases, als principis i garanties de la LOPD.

Així doncs la TID, en tant que suposa un tractament de dades de caràcter personal, ha de donar compliment a tots els principis i garanties de la normativa de protecció de dades, alguns dels quals han estat esmentats, a banda del que es detallarà a continuació, específicament en relació amb el règim aplicable a les TID.

També cal aclarir que en general, independentment de l’existència de TID, la comunicació de dades personals és legítima si s’ajusta al règim corresponent previst en la LOPD.

L’article 11 de la LOPD disposa que:

*“1. Les dades de caràcter personal objecte del tractament només poden ser comunicades a un tercer per al compliment de finalitats directament relacionades amb les funcions legítimes del cedent i del cessionari amb el consentiment previ de l’interessat.
2. El consentiment que exigeix l’apartat anterior no és necessari:
a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.
(...)”.*

A partir d’aquest règim, l’article 21 de la LOPD preveu la comunicació de dades entre administracions públiques sense que sigui necessari el consentiment del titular, sempre que es faci per a les mateixes competències o per a competències que tractin les mateixes matèries.

Per tant, cal tenir en compte aquest règim en relació amb la possible comunicació de dades entre el Patronat (cedent) i les delegacions del Govern a d’altres països, o d’altres tercers, com a cessionaris. La legitimitat de la comunicació ve donada, doncs, pel compliment del règim de comunicacions establert en els article 11 i 21 de la LOPD.

En principi sembla que el flux informatiu de dades personals entre el Patronat i les delegacions podria ajustar-se a les funcions d’ambdós intervinents (Patronat i delegacions), però en qualsevol cas cal confirmar si es disposa del corresponent consentiment o si existeix cobertura legal suficient per a la comunicació. Atenent a la finalitat del tractament, no és descartable que es disposi del consentiment dels interessats; d’altra manera, la comunicació serà legítima si es justifica per les funcions i competències exercides per cedent i cessionari, en els termes de l’article 21 de la LOPD.

En relació amb les TID, l’article 2.1.a) de la LOPD disposa que es regeix per la LOPD qualsevol tractament de dades de caràcter personal que s’efectuï en territori espanyol, en el marc de les activitats d’un establiment del responsable del tractament.

La LOPD s'aplica doncs al tractament de dades que efectua el Patronat en territori nacional, i qualsevol comunicació de dades amb destinació al territori d'altres països, en concret, amb destinació a les delegacions del Govern situades en d'altres països (en concret, en els que el règim de protecció no és equiparable al de la UE), haurà de tenir en compte el règim aplicable a les transferències internacionals de dades (TID) previst en la Directiva 95/46/CE i en la LOPD.

Fem avinent que aquesta Agència ha analitzat amb detall aquest règim jurídic, en el Dictamen 46/2009, en relació amb la consulta plantejada per un departament de l'Administració autonòmica respecte la transferència o comunicació internacional de dades de caràcter personal entre l'Administració autonòmica i les Delegacions del Govern de la Generalitat a l'exterior.

Com es destaca en el Fonament Jurídic IV del dit Dictamen 46/2009:

“El règim jurídic regulador del moviment internacional de dades es regeix pel principi general contingut a l'article 25.1 de la Directiva 95/46/CE, citada. Aquest principi general disposa que la transferència a països tercers de dades de caràcter personal únicament es podrà efectuar quan, sens perjudici del compliment de les disposicions de Dret nacional adoptades d'acord amb la resta de disposicions d'aquesta Directiva, el país de què es tracti garanteixi un nivell de protecció adequat. Per la pròpia lletra de l'article 25, esmentat, es dedueix d'entrada que la referència es fa a transferències de dades de caràcter personal a països que no són membres de la Unió Europea. En el mateix sentit, el considerant 9 de la pròpia Directiva constata la “protecció equivalent que resulta de l'aproximació de les legislacions nacionals”, en referir-se als països membres de la Unió Europea. L'article 26 de la mateixa Directiva de 1995 estableix una sèrie d'excepcions a allò previst en l'article 25, citat, que han de permetre als Estats membres efectuar transferències de dades personals a un país tercer que no garanteixi un nivell de protecció adequat sempre que es donin determinades circumstàncies.

En connexió amb aquestes previsions, la LOPD regula el moviment internacional de dades o TID en els articles 33 i 34, que estableixen el règim jurídic al qual s'han de sotmetre les transferències internacionals de dades. La norma general prevista en l'article 33 LOPD disposa que:

“1.No es poden fer transferències temporals o definitives de dades de caràcter personal que hagin estat objecte de tractament o hagin estat recollides per sotmetre-les al tractament esmentat amb destinació a països que no proporcionin un nivell de protecció equiparable al que presta aquesta Llei, llevat que, a més a més d'haver-se observat el que disposa aquesta Llei, s'obtingui l'autorització prèvia del director de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades que només la pot atorgar si s'obtenen garanties adequades.”

L'apartat segon d'aquest mateix article estableix els criteris que l'Agència Espanyola de Protecció de Dades ha de tenir en compte per avaluar el caràcter adequat del nivell de protecció que ofereix el país destinatari de les dades de caràcter personal.

Partint d'aquest règim general, l'article 34 LOPD defineix una sèrie d'excepcions a aquest règim general, és a dir, preveu excepcions a la necessitat d'examen del nivell de protecció equiparable, o d'obtenir la preceptiva autorització de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades. (...) d'entrada caldrà tenir en compte l'article 34.k) de la LOPD, segons el qual allò que disposa l'article 33 no és aplicable:

“Quan la transferència tingui com a destí un estat membre de la Unió Europea, o un estat respecte del qual la Comissió de les Comunitats Europees, en l'exercici de les seves competències, hagi declarat que garanteix un nivell de protecció adequat”.

(...), hem de tenir en compte la definició de TID que ens dóna el RLOPD. Segons l'article 5.1.s), s'entén per transferència internacional de dades el “tractament de dades que suposa una transmissió d'aquestes dades fora del territori de l'Espai Econòmic Europeu, tant si constitueix una cessió o comunicació de dades, com si té per objecte la realització d'un tractament de dades per compte del responsable del fitxer establert en el territori espanyol”.

Aquesta previsió del RLOPD, en sintonia amb el règim previst en la Directiva citada i en la LOPD, ens porta a afirmar que la comunicació de dades de caràcter personal entre països membres de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu –EEE- (Islàndia, Liechtenstein i Noruega) no constitueix pròpiament una TID, segons disposa la normativa de protecció de dades espanyola, i per tant no resulta aplicable el règim de TID que s'estableix en els articles citats de la Directiva i de la LOPD.

(...)”.

Pel que fa als fluxos informatius concrets que es podrien establir amb les diferents delegacions del Govern de la Generalitat com a cessionàries, deixem de banda les comunicacions de dades a les delegacions creades en països de la UE, que com queda dit no es consideren TID. Pel que fa a la resta, podria tractar-se de transferències a Argentina, Estats Units i Mèxic, on actualment existeixen delegacions. Al respecte, ens remetem a les consideracions fetes en el Fonament Jurídic V del mateix Dictamen 46/2009, citat:

“ (...)

Conforme al règim jurídic de les TID efectuades des d'Espanya, ja esmentat, amb caràcter general aquestes estan sotmeses a la prèvia autorització del director de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, quan la transferència s'hagi d'efectuar a països que no proporcionen un nivell de protecció equivalent al de la LOPD.

Com s'ha citat, l'article 34 de la LOPD exclou del requisit general de la prèvia autorització una sèrie de supòsits, entre d'altres, els països de la UE o els Estats respecte dels quals la Comissió de les Comunitats Europees, en l'exercici de llurs competències, hagi declarat que garanteix un nivell adequat de protecció. En el mateix sentit, l'article 68 del RLOPD concreta aquesta qüestió.

A banda d'altres supòsits de l'article 34 de la LOPD als que ens referirem més endavant, cal tenir present el següent:

*- Pel que fa a les comunicacions que tinguin per destí l'**Argentina**, cal partir de la base que l'Argentina ha estat considerada com un país en el qual hi ha un nivell adequat de protecció, en matèria de protecció de dades. Al respecte, cal fer esment de la Decisió de la Comissió de 30 de juny de 2003, d'acord amb la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell sobre l'adequació de la protecció de dades a Argentina (DOUE L 168, de 5.7.2003). En aquesta Decisió de la Comissió, es disposa que als efectes de l'apartat 2 de l'article 25 de la Directiva 95/46/CE, es considera que Argentina garanteix un nivell adequat de protecció en allò que respecta a les dades transferides des de la Comunitat (article 1). En relació amb el nivell adequat de protecció de dades a l'Argentina, resulta també il·lustratiu el Dictamen 4/2002, del 3 d'octubre, del Grup de Treball sobre Protecció de Dades de l'Article 29 (http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm). La Decisió citada de la Comissió habilitaria, als efectes del que disposen els articles 33 i 34 de la LOPD, la comunicació de dades personals amb destinació a la delegació del Govern a l'Argentina, sempre i quan es compleixi amb la resta de requisits i obligacions previstes en la LOPD.*

- Pel que fa a les comunicacions que tinguin per destí els **Estats Units**, amb caràcter general cal dir que la Comissió Europea, mitjançant la seva Decisió de 26 de juliol de 2000 (DOCE, sèrie L 215, de 25.8.2000), reconeix el nivell adequat de protecció de la transferència de dades des de la Comunitat als Estats Units, que ha d'aconseguir-se si les entitats (de destí) compleixen una sèrie de principis, anomenats "de port segur", per a la protecció de la vida privada, amb objecte de protegir les dades personals transferides d'un Estat membre als Estats Units. Atès que als Estats Units no existeix una normativa de protecció de dades de caràcter personal aplicable a tot el territori i a tots els sectors d'activitat, sinó normativa sectorial, els "principis de port segur" garanteixen als operadors que s'hi adhereixen, una presumpció d'adequació a les exigències de la Directiva europea, cosa que facilita, amb caràcter general, la comunicació de dades amb destí als Estats Units. Ens remetem, doncs, a les previsions d'aquesta Decisió, als efectes oportuns.

- Pel que fa a les comunicacions que tinguin per destí **Mèxic**, cal dir que aquest país no ha estat fins al moment considerat, per la Comissió Europea, com un país en el qual hi ha un nivell de protecció equivalent i adequat, i per tant no concorre, en el cas concret, la previsió de l'article 34.k), amb la qual cosa, caldrà valorar si concorre alguna altra previsió de l'article 34, citat. Cal avançar que si no és així, per aplicació del règim general previst en l'article 33 de la LOPD, caldrà sol·licitar la corresponent autorització a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades.

Respecte les previsions de l'article 34 de la LOPD, i a banda de les mencions fetes a l'apartat k), en el cas que ens ocupa són especialment rellevants les previsions dels apartats e) i f) del mateix article, que es transcriuen a continuació:

"(...)

e) Quan l'afectat hagi donat el seu consentiment inequívoc a la transferència prevista.

f) Quan la transferència sigui necessària per a l'execució d'un contracte entre l'afectat i el responsable del fitxer o per a l'adopció de mesures precontractuals adoptades a petició de l'afectat.

(...)"

Com veiem, deixant de banda l'Argentina, en relació amb les comunicacions de dades personals amb destí als Estats Units o Mèxic o, si escau, d'altres als quals es pugui produir alguna TID, la concurrència del consentiment inequívoc de l'afectat o titular de les dades (als efectes del que disposa l'article 3.e) de la LOPD) permetria la comunicació sense requerir l'autorització prèvia de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (article 34.e) de la LOPD). Per tant, en relació amb aquests països es recomana introduir, en el procés de recollida de dades personals, les corresponents clàusules de petició del consentiment als titulars de les dades, per tal que de forma inequívoca consti aquest consentiment respecte la transferència prevista de les seves dades.

(...)"

Tenint en compte les consideracions del Dictamen 46/2009, en definitiva, una TID a països que no ofereixen, a criteri de la Comissió Europea, un nivell adequat de protecció, ha d'estar legitimada en el compliment del règim establert en els articles 33 i 34 de la LOPD, és a dir, la legitimació per a la comunicació l'hauria d'atorgar la concurrència d'alguna de les excepcions de l'article 34 de la LOPD.

Aquest article 34 disposa que:

"El que disposa l'article anterior no és aplicable:

a) Quan la transferència internacional de dades de caràcter personal resulti de l'aplicació de tractats o convenis en què Espanya sigui part.

- b) Quan la transferència es faci a efectes de prestar o sol·licitar auxili judicial internacional.
- c) Quan la transferència sigui necessària per a la prevenció o per al diagnòstic mèdics, la prestació d'assistència sanitària o tractament mèdics o la gestió de serveis sanitaris.
- d) Quan es refereixi a transferències dineràries d'acord amb la legislació específica.
- e) Quan l'afectat hagi donat el seu consentiment inequívoc a la transferència prevista.
- f) Quan la transferència sigui necessària per a l'execució d'un contracte entre l'afectat i el responsable del fitxer o per a l'adopció de mesures precontractuals adoptades a petició de l'afectat.
- g) Quan la transferència sigui necessària per a la subscripció o l'execució d'un contracte subscrit o per subscriure, en interès de l'afectat, pel responsable del fitxer i un tercer.
- h) Quan la transferència sigui necessària o legalment exigida per salvaguardar un interès públic. Té aquesta consideració la transferència sol·licitada per una administració fiscal o duanera per al compliment de les seves competències.
- i) Quan la transferència sigui necessària per al reconeixement, l'exercici o la defensa d'un dret en un procés judicial.
- j) Quan la transferència s'efectuï, a petició d'una persona amb interès legítim, des d'un registre públic i aquella estigui d'acord amb la finalitat del registre.
- k) Quan la transferència tingui com a destinació un estat membre de la Unió Europea, o un estat respecte del qual la Comissió de les Comunitats Europees, en l'exercici de les seves competències, hagi declarat que garanteix un nivell de protecció adequat.”

Fora de la concurrència d'alguna d'aquestes excepcions de l'article 34 de la LOPD, que cal interpretar de forma restrictiva ja que suposen excepcions al règim general, caldrà sol·licitar la corresponent autorització a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD).

Qualsevol de les excepcions de l'article 34 de la LOPD, ha de tenir en compte aquesta aplicació restrictiva, com ha posat de manifest en diverses ocasions el Grup de Treball de l'Article 29 de la Directiva europea de protecció de dades (Document de treball relatiu a una interpretació comú de l'article 26.1 de la Directiva 95/46/CE, de 25.11.2005; Document de Treball sobre transferències de dades personals a tercers països, de 24.07.1998).

Es transcriu a continuació la següent pregunta formulada pel Patronat:

“Es pot aplicar alguna excepció de l'article 34 de la LOPD per poder fer una transferència de dades personals dels sol·licitants de beques i ajuts sense necessitat d'autorització per part de l'Autoritat de Protecció de dades?. Es pot aplicar com excepció l'article 34.e) de la LOPD?”

D'entrada podem descartar, atès el cas concret que ens ocupa, referit a la TID de dades de sol·licitants de beques i ajuts, la concurrència de les excepcions previstes en els següents apartats de l'article 34, citat: Apartat b); c); d); h); i); j).

A continuació farem esment més concret a la resta d'apartats de l'article 34 de la LOPD per valorar la seva possible concurrència en el cas que ens ocupa:

- “e) Quan l'afectat hagi donat el seu consentiment inequívoc a la transferència prevista.*
- f) Quan la transferència sigui necessària per a l'execució d'un contracte entre l'afectat i el responsable del fitxer o per a l'adopció de mesures precontractuals adoptades a petició de l'afectat.*

g) Quan la transferència sigui necessària per a la subscripció o l'execució d'un contracte subscrit o per subscriure, en interès de l'afectat, pel responsable del fitxer i un tercer."

Com veiem, els apartats f) i g) plantegen dos supòsits en què l'existència d'un contracte permet realitzar la TID. Pel que fa a l'apartat g), per la informació de què es disposa, no consta que s'hagi de subscriure o executar cap contracte, en interès de l'afectat (que seria el titular de les dades és a dir, la persona física sol·licitant de beques o ajuts), entre responsable del fitxer (el Patronat) i un tercer.

Es desconeix si, dins de la funció prevista en els Estatuts del Patronat d'atorgar beques i ajuts a persones físiques, s'inclou la formalització de contractes entre el Patronat i tercers. En tot cas, la finalitat apuntada en la consulta (informar sobre les activitats i beques) no sembla que hagi d'incloure el tractament de dades a efectes de contractació en aquests termes.

Tot i que no és descartable que la concessió d'una beca o ajut econòmic hagi de derivar en la formalització d'un contracte entre les parts (entre el Patronat i l'interessat) o entre el Patronat i tercers, hem de tenir present que, segons els termes de la consulta, no sembla que sigui aquesta la finalitat de la TID plantejada, que es circumscriu a "informar sobre les activitats i les beques que porta a terme el Patronat".

En qualsevol cas, en aquest dictamen ja ens hem referit a la conveniència d'ajustar els tractaments i fitxers de forma precisa a les finalitats i usos concrets que justifiquen un tractament, en aquest cas, una TID.

Amb tot això, sembla que es pot descartar l'aplicació de l'excepció prevista en l'apartat g) de l'article 34 de la LOPD, a menys que la TID fos necessària no ja per, com sembla, donar informació, sinó als efectes previstos en el dit apartat g) de l'article 34 de la LOPD.

La mateixa reflexió és aplicable a l'apartat f) de l'article 34 de la LOPD, si bé en aquest cas l'excepció es justifica en l'execució d'un contracte, o l'adopció de mesures precontractuals, entre el responsable (el Patronat) i l'afectat, és a dir, el propi titular de les dades.

Novament, tot i que no sembla que de la finalitat descrita en la consulta s'hagi de derivar cap tractament de dades vinculat a l'execució de cap contracte, o l'adopció de mesures precontractuals, -ja que el tractament sobre el que es consulta consisteix en "donar informació"-, no es pot descartar que en el procés d'atorgar una beca, s'hagi de formalitzar un contracte entre el Patronat i el beneficiari.

Si la TID fos necessària -en el marc de la funció prevista en l'article 2 dels Estatuts del Patronat-, per a l'execució d'un contracte, o l'adopció de mesures precontractuals, el qual vinculés el Patronat i una persona física titular de les dades (el sol·licitant) i el contracte exigís la comunicació de dades amb destinació a tercers països que no tenen un nivell de protecció en matèria de dades personals equivalent, podria ser aplicable la previsió de l'article 34.f) de la LOPD.

Hem de fer avinent, tant pel que fa a l'apartat f) com pel que fa a l'apartat g) de l'article 34 de la LOPD, que la interpretació en ambdós casos ha de ser restrictiva. Per tant, s'exigeix que

la TID sigui estrictament necessària per a la celebració o execució d'un contracte, com ha recordat el Grup de Treball de l'Article 29, en els documents citats.

Finalment cal comentar l'apartat e) de l'article 34 de la LOPD, segons el qual, quan l'afectat hagi donat el seu consentiment inequívoc a la transferència prevista, aquesta es podrà realitzar sense requerir-se l'oportuna autorització.

D'entrada sembla que, en el cas concret que ens ocupa, aquesta podria ser l'excepció que podria tenir una aplicació més clara. Si, prèviament a realitzar la transferència de les dades per part del Patronat a països on no existeix un nivell de protecció equivalent, es disposa del consentiment del titular de les dades (el sol·licitant d'un ajut) aquesta TID es podria realitzar sense requerir-se l'autorització de l'AEPD.

Ara bé, cal tenir en compte que el consentiment que s'exigeix en aquest cas ha de ser inequívoc, en el sentit que el titular ha de conèixer (a banda d'altres qüestions relatives al tractament de les seves dades) que es produirà efectivament aquesta TID i en quines condicions es produirà. D'altra manera, a manca d'una informació adequada referida a la TID, el consentiment del titular de les dades no seria vàlid.

Com ha posat de manifest el Grup de Treball de l'Article 29, en el seu Document de treball de 1998, citat:

“Es importante tener en cuenta que el consentimiento, de acuerdo con la definición del artículo 2.h) de la Directiva, debe ser libre, específico e informado. El requisito de información es especialmente relevante porque exige que el interesado esté debidamente informado del riesgo concreto que supone el hecho de que sus datos se transfieran a un país que carece de la protección adecuada. (...)”.

Com ja ha quedat dit en la remissió feta al Fonament Jurídic V del Dictamen 46/2009, en relació especialment amb països que no garanteixen un nivell adequat de protecció, és recomanable introduir, en el procés de recollida de dades personals, les corresponents clàusules de petició del consentiment als titulars de les dades, per tal que de forma inequívoca consti aquest consentiment respecte la transferència prevista de les seves dades.

Aquesta qüestió està directament relacionada amb el correcte compliment del deure d'informació (article 5 de la LOPD) al qual ens referirem en el Fonament Jurídic VIII d'aquest dictamen.

El Patronat també formula una pregunta específica sobre l'aplicació de l'excepció prevista en l'apartat a) del mateix article 34 de la LOPD, i en cas afirmatiu, quin Conveni o Tractat seria aplicable. Aquest apartat a) es refereix a la no aplicació de l'article 33 de la LOPD quan la TID resulti de l'aplicació de tractats o convenis en què Espanya resulti part.

Al respecte, val a dir que el Reial decret 1332/1994, de 20 de juny, pel qual es desenvolupaven determinats aspectes de l'anterior Llei de protecció de dades de 1992 (LORTAD), concretava en el seu article 4 aquesta qüestió, i es referia, entre d'altres, a transferències de dades de fitxers de Forces i Cossos de Seguretat per via d'Interpol, a transmissions de dades en el context de l'aplicació del Tractat Schengen o a transmissions

de dades en el marc de convenis internacionals d'assistència mútua entre països en matèria tributària.

Per bé que aquest Reial decret ha estat derogat pel RLOPD (disposició derogatòria única) i que el RLOPD no fa referència concreta als convenis citats, en qualsevol cas és clar que és necessària l'existència d'un conveni o tractat internacional, subscrit conforme al que disposen els articles 93 a 96 de la Constitució espanyola, als quals ens remetem, per fer aplicable aquesta excepció.

Per la informació de què es disposa, no podem afirmar que la comunicació de dades personals per part del Patronat en relació amb la seva funció d'atorgar beques i ajuts a persones físiques es pugui trobar emparada per tractats o convenis internacionals dels que sigui part Espanya, tot i que no es pot descartar.

VI

El Patronat planteja també les següents qüestions:

“En aquest supòsit concret (sol·licitants de beques i ajuts) requereix d'una autorització de l'Autoritat de Protecció de Dades per fer la transferència internacional de dades a països on el grau de protecció no és equiparable al de la UE per part d'un ens públic català com el Patronat? En el cas que sigui necessària una autorització, quina és l'Autoritat de Protecció de Dades competent per atorgar-la?”. “En algun moment serà necessari demanar l'autorització de l'Autoritat de Protecció de Dades per fer una transferència internacional de dades dels sol·licitants de beques i ajuts a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades?”.

Ambdues preguntes poden ser contestades en base al que ja s'ha esmentat, en el sentit que la no concurrència d'alguna de les excepcions comentades de l'article 34 de la LOPD obliga, efectivament, a sol·licitar l'oportuna autorització, que s'ha de demanar al director de l'AEPD. L'article 37.1.l) de la LOPD disposa que és funció de l'AEPD exercir el control i adoptar les autoritzacions que siguin procedents en relació amb els moviments internacionals de dades. Aquesta previsió s'ha de posar en relació amb l'article 41.1 de la LOPD, del que es deriva que aquesta funció concreta (adoptar les autoritzacions en matèria de TID) no és exercida per les Agències de protecció de dades autonòmiques, sinó en tot cas per l'AEPD.

També cal entendre que l'autorització, si escau, s'ha de demanar lògicament abans de procedir a fer efectiu el tractament, és a dir, la comunicació de les dades.

Com es va fer avinent en el Dictamen 46/2009, citat (Fonament Jurídic V), l'article 70 del RLOPD concreta el procediment a seguir quan una TID té per destí un Estat respecte del qual la Comissió Europea no ha declarat que hi ha un nivell adequat de protecció o el director de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades no ho considera, cas en el que és necessari sol·licitar l'autorització del director de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades. L'autorització de la transferència s'ha de tramitar conforme al procediment establert en la secció primera del capítol V del títol IX del RLOPD, al qual ens remetem.

El mateix article 70 del RLOPD, en el seu apartat 2, afegeix que l'autorització pot ser atorgada en cas que el responsable del fitxer o tractament aporti un contracte escrit, subscrit entre l'exportador i l'importador, en el qual constin les necessàries garanties de respecte per

la protecció de la vida privada dels afectats i els seus drets i llibertats fonamentals i es garanteixi l'exercici dels seus drets respectius. A aquest efecte, es considera que estableixen les garanties adequades els contractes que se subscriuguin d'acord amb el que preveu la corresponent normativa europea, o el que disposin les decisions de la Comissió que donin compliment al que estableix l'article 26.4 de la Directiva 95/46/CE.

Convindria tenir en compte aquestes clàusules, específicament, entre d'altres, quan es faci una transferència de dades en base a un encàrrec del tractament entre un responsable –el Patronat, sotmès a la LOPD- i un tercer que tractarà les dades per compte d'aquell (en atenció al que disposa l'article 12 de la LOPD). Tot i que no es disposa d'informació sobre la qüestió, en cas que hagi de preveure's un encàrrec del tractament, pot resultar d'interès la Recomanació 1/2010 de l'Agència, sobre l'encarregat del tractament en la prestació de serveis per compte d'entitats del sector públic de Catalunya (www.apd.cat).

VII

La darrera pregunta formulada es refereix a: *“Com o en quins termes s'hauria d'informar als sol·licitants de beques i ajuts del Patronat (...) per complir el principi d'informació de l'article 5 de la LOPD?*

L'article 5 de la LOPD estableix el deure, per al responsable d'un fitxer o tractament (en aquest cas, el Patronat), d'informar al titular de les dades d'una sèrie de qüestions, relatives al tractament. Aquest deure s'ha de complir, independentment de que s'hagi de produir una TID.

En concret, aquest article disposa que:

“1. Els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

*a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, **de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.***

b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.

c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.

d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.

e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.

(...)

*2. **Quan s'utilitzin qüestionaris o altres impresos per a la recollida**, han de figurar-hi, de manera clarament llegible, les advertències a què es refereix l'apartat anterior.*

(...)”

Per tant, en cas d'existir una TID, caldrà informar igualment al titular de forma prèvia a produir-se la comunicació, i de manera expressa, precisa i inequívoca.

També cal incidir en l'obligació, prevista en l'article 5.2, si s'utilitzen formularis o altres impresos per recollir les dades dels sol·licitants, d'incloure convenientment la corresponent clàusula informativa, de forma clara i entenedora, entre d'altres, respecte els cessionaris de les dades, i per tant, respecte les TID.

A més, ja hem fet esment que, de ser aplicable l'excepció de l'article 34.e) és a dir, si l'afectat ha donat el seu consentiment per a la TID, cosa que exclouria la necessitat de recavar la prèvia autorització de l'AEPD, aquest consentiment ha de ser "inequívoc", i suficientment informat.

L'article 5 de la LOPD comporta que s'informi al titular de les dades, entre d'altres, de la finalitat de la recollida de les dades (si és a efectes de donar informació, o a efectes de signar algun contracte en relació amb la concessió d'un ajut, com ja hem anat apuntant, entre d'altres) així com dels destinataris de la informació. Si els destinataris es troben en els tercers països, de manera que s'ha de produir una TID, el titular de les dades n'haurà d'estar prèviament informat. Això, a banda de la necessitat de donar aquesta informació en els corresponents fitxers, com hem comentat.

D'acord amb les consideracions fetes fins ara en relació amb la consulta plantejada pel Patronat respecte diverses qüestions relatives a la transferència o comunicació internacional de dades de caràcter personal, es fan les següents,

Conclusions,

Qualsevol tractament de dades de caràcter personal, incloses les comunicacions de dades a d'altres països, es troba sotmès al conjunt de principis i garanties de la normativa de protecció de dades, entre d'altres, el principi de qualitat i de finalitat, o les previsions relatives als fitxers de dades.

La LOPD exigeix que el responsable (el Patronat) compleixi adequadament amb el deure d'informar els sol·licitants de beques i ajuts, de forma prèvia al tractament, en aquest cas, la comunicació de les dades a tercers països, en els termes de l'article 5 de la LOPD.

Qualsevol comunicació de dades realitzada pel Patronat amb destinació al territori d'altres països, en concret, amb destinació a les delegacions del Govern situades en d'altres països, haurà de tenir en compte el règim aplicable a les transferències internacionals de dades (TID), previst als articles 33 i 34 LOPD.

En relació amb les comunicacions de dades a efectes de donar compliment a la funció d'atorgar beques i ajuts prevista en els Estatuts del Patronat, si existeix consentiment previ i inequívoc del titular de les dades (article 34.e) de la LOPD), o si escau, si la TID és necessària per a la consecució de contractes entre el Patronat i el titular de les dades o bé entre el Patronat i tercers (article 34, apartats f) i g), respectivament), es podria produir la comunicació sense requerir autorització prèvia. En qualsevol cas, les excepcions de l'article 34 de la LOPD han de ser interpretades restrictivament.

Per tal de resultar legítima, qualsevol TID a tercers països, fora de l'àmbit de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu, en què no concorri alguna de les excepcions previstes en l'article 34 de la LOPD, requereix l'obtenció de l'autorització prèvia del director

de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, llevat que se n'hagi declarat l'adequació (article 34.k de la LOPD), seguint el procediment previst en el RLOPD.