

**Dictamen en relació amb la consulta d'una Universitat sobre l'acreditació del deure d'informació.**

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit del rector d'una Universitat en què sol·licita el parer de l'Autoritat sobre l'acreditació del deure d'informació en la recollida de dades de caràcter personal a partir de la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 2010 que anul·la l'article 18 del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre.

El rector de la Universitat, en el seu escrit demana també conèixer en quina mesura l'esmentada Sentència modifica l'informe d'Auditoria de 21 de juliol de 2010 de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en relació amb la verificació del compliment del dret d'informació en la recollida de dades de caràcter personal, emès en el si del Pla d'Auditoria de l'Autoritat, realitzat a aqueixa Universitat.

Analitzada la petició, vista la normativa vigent aplicable, i l'informe de l'Assessoria Jurídica s'emet l'informe següent.

I

(...)

II

El rector de la Universitat formula la present consulta arran de la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 2010 que anul·la diversos articles del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (RLOPD), entre els que es troba l'article 18 relatiu a l'acreditació del compliment del deure d'informació.

El rector, a la vista d'aquesta Sentència, planteja també en quina mesura es veu afectat l'informe d'Auditoria de 21 de juliol de 2010 emès per l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades en relació a la verificació del dret d'informació en la recollida de dades de caràcter personal, i a tal efecte cita textualment un apartat d'aquest informe:

*“per poder acreditar que s'ha informat la persona interessada en relació al tractament de les seves dades personals, recomanem que s'enregistrin les trucades. L'enregistrament hauria d'incloure tant la informació proporcionada en virtut de l'art. 5.1 de la LOPD com les dades personals que es recullen”.*

III

L'article 5 de la LOPD, relatiu al dret d'informació en la recollida de dades quan aquestes es recullen directament de les persones interessades, que és el supòsit al qual sembla que es refereix la consulta, disposa textualment:

*“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.*

*Quan el responsable del tractament no estigui establert en el territori de la Unió Europea i utilitzi en el tractament de dades mitjans situats en territori espanyol, ha de designar, llevat que aquests mitjans s'utilitzin amb finalitats de tràmit, un representant a Espanya, sens perjudici de les accions que es puguin emprendre contra el mateix responsable del tractament.*

*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.*

*3. No és necessària la informació a què es refereixen les lletres b), c) i d) de l'apartat 1 si el contingut de la informació es dedueix clarament de la naturalesa de les dades personals que se sol·liciten o de les circumstàncies en què es recullen.*

*(...)”*

El deure d'informació constitueix un element essencial de l'anomenat dret a l'autodeterminació informativa, de manera que actua com a pressupòsit per a l'exercici de les diferents facultats que l'ordenament atorga a les persones interessades respecte a les pròpies dades. En aquest sentit, la STC 292/2000 estableix:

*De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia” (F.J. 13).*

A la vista de l'article 5 LOPD, es pot afirmar que existeix llibertat de forma pel que fa al compliment del deure d'informar. És a dir, serà el responsable del tractament qui en cada cas pot decidir la forma com dóna compliment a aquest deure, amb la única excepció, prevista a l'apartat 2 de l'article 5, dels supòsits en que la informació es reculli a través de formularis impresos. En aquest darrer cas, la clàusula informativa ha de figurar en el mateix imprès.

D'altra banda, l'article 44 de la LOPD, en la redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, a l'apartat 2 c) tipifica com a infracció lleu *“l'incompliment del deure d'informació a l'afectat sobre el tractament de les seves dades de caràcter personal quan les dades siguin recollides del propi interessat”*, i a

l'apartat 3 f) tipifica com a infracció greu “*l'incompliment del deure d'informació a l'afectat sobre el tractament de les seves dades de caràcter personal quan les dades no hagin estat recollides del propi interessat*”.

A la vista d'aquestes previsions, i amb independència de quina sigui la forma escollida per donar compliment al deure d'informació, correspon al responsable del fitxer acreditar que ha donat compliment al deure d'informació de l'article 5 de la LOPD. El mitjà d'acreditació escollit serà el que haurà de permetre acreditar, a requeriment de l'autoritat de control en matèria de protecció de dades, que s'ha complert amb el deure d'informació.

#### IV

L'article 18 del Reial Decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, va venir a completar la regulació existent, en disposar textualment:

*1.El deure d'informació a què es refereix l'article 5 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, s'ha de portar a terme a través d'un mitjà que permeti acreditar-ne el compliment, i s'ha de conservar mentre persisteixi el tractament de les dades de l'afectat.*

*2.El responsable del fitxer o tractament ha de conservar el suport en què consti el compliment del deure d'informar. Per a l'emmagatzematge dels suports, el responsable del fitxer o tractament pot utilitzar mitjans informàtics o telemàtics. En particular pot escanejar la documentació en suport de paper, sempre que es garanteixi que en l'esmentada automatització no s'ha produït cap alteració dels suports originals”.*

Aquest article instaurava pel responsable del fitxer l'obligació de facilitar la informació de l'article 5 de la LOPD amb un mitjà que permetés acreditar-ne el compliment així com l'obligació de conservar el suport a través del qual s'haguessin recollit les dades de caràcter personal.

El que aquest article va introduir en realitat no era cap novetat, atès que abans de l'aprovació del RLOPD els responsables del tractament ja tenien la càrrega de provar haver complert amb aquest deure, tal com hem vist més amunt. Certament a la LOPD la necessitat de conservar el mitjà que acredités el compliment no es plantejava com una obligació o un deure, sinó com una càrrega. Però les conseqüències atribuïdes per la LOPD als supòsits en què no es pogués acreditar haver informat degudament feien recomanable guardar els suports on constés el compliment.

Tal com s'apunta en la consulta, la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 2010 va anul·lar entre d'altres, l'article 18 del RLOPD, sobre l'acreditació del deure d'informació. El FJ9 de l'esmentada Sentència disposa textualment:

“ (...)

*La Ley reconoce en el artículo 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información, y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa e inequívoca, ninguna referencia contiene a la forma, abriendo así múltiples posibilidades (escrita, verbal, telemática, etc.) Solo en el apartado 2 del La Ley reconoce en el artículo 5 el*

*derecho a la información en la recogida de datos, artículo de mención prevé la posibilidad de que se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida de datos para advertir, pensando sin duda en medios estandarizados, que se han de contener y de forma claramente legible las advertencias expresadas en el apartado 1.*

*En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma.*

*Pues bien, siendo ello así, cabe concluir que la disposición reglamentaria que examinamos contraviene la Ley y que por ello debe ser anulada.*

*Solución distinta se alcanzaría si la letra del precepto impugnado pudiera interpretarse en el sentido de que el medio que previene para cumplir el deber de información se realiza como una mera recomendación, ad cautelam de una dificultad probatoria futura, pero los términos categóricos e imperativos utilizados ("deberá llevarse a cabo", "deberá conservar el soporte"), impiden esa valoración".*

L'anul·lació de l'article 18 del RLOPD arran de la Sentència del Tribunal Suprem comporta que la regulació sobre el deure d'informació i la seva acreditació serà la que es desprèn de la LOPD. Per tant, hi ha llibertat de forma en el compliment del deure d'informació sense que es pugui establir com a obligació la conservació del suport per mitjà del qual s'ha donat compliment al deure d'informació de l'article 5 de la LOPD.

## V

La consulta que ens ocupa es planteja en relació amb la recollida de dades via telefònica. En aquest supòsit poden existir, com s'ha apuntat diferents formes de facilitar la informació a què es refereix l'article 5, però la més comuna i la que ofereix una major facilitat és la consistent en la gravació de la conversa, en la part que afecta al compliment del deure d'informació, o si escau, la gravació de la part de la conversa en què la persona afectada manifesti haver estat informada degudament. En el cas que la informació de l'article 5 de la LOPD es doni via telefònica, l'enregistrament de les trucades constituiria un mitjà de prova pel responsable del fitxer per acreditar que s'ha donat compliment al deure d'informació.

És en aquest sentit que en l'Informe d'Auditoria elaborat per aquesta autoritat es va recomanar enregistrar les trucades. Cal incidir però en el fet que es tractava d'una recomanació, i que per tant no exclou la possibilitat que la Universitat pugui establir altres formes per acreditar aquest compliment. En conclusió, la recomanació feta en l'Informe d'Auditoria segueix essent plenament aplicable després de l'anul·lació de l'article 18 del RLOPD per la STS de 15 de juliol de 2010.

D'acord amb les consideracions fetes en relació amb la consulta formulada pel rector de la Universitat, es fan les següents,

## **Conclusions**

Correspon al responsable del fitxer o del tractament acreditar el compliment del deure d'informació de l'article 5 de la LOPD.

L'anul·lació de l'article 18 del RLOPD per la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 2010, comporta llibertat en la forma d'acreditar el compliment del deure d'informació de l'article 5 de la LOPD, però no exigeix el responsable del fitxer d'acreditar-ne el compliment.

En la recollida de dades de caràcter personal via telefònica l'enregistrament de la trucada, o de la part d'aquesta en què s'informa o es manifesta estar informat de la clàusula informativa és un mitjà recomanable per acreditar el compliment del deure d'informació.

Barcelona, 12 d'abril de 2011