

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un Ajuntament sobre el consentiment de l'interessat per a la consulta per l'Administració de documents elaborats per la mateixa o altres administracions.

Es presenta a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades escrit d'un Ajuntament en el qual posa de manifest que existeixen diferents tipus de procediments -principalment en matèria d'ajuts i de contractació pública-, en els quals es requereix a l'interessat que aportï documentació emesa per altres administracions. Es posa com exemple el certificat de discapacitat del ICASS, la declaració de renda de l'AEAT o el certificat d'estar al corrent de pagaments amb la TGSS.

Fins ara, segons s'exposa a la consulta, per tal de donar compliment a l'article 6.2.b de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als Serveis Públics (LAECSP), que estableix el dret del ciutadà a no aportar documentació que estigui en poder d'altres administracions públiques, es demanava el consentiment de l'interessat per consultar aquesta documentació, d'acord amb aquest precepte i amb l'article 11.1 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter personal (LOPD).

La Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú, deroga l'LAECSP i estableix en l'article 28.2 que els interessats no estan obligats a aportar documents elaborats per qualsevol Administració, però afegeix que la consulta o obtenció de la documentació que estigui en poder d'altres administracions es presumirà autoritzada per l'interessat, excepte que consti en el procediment la seva oposició expressa. Paral·lelament l'article 11.2 a de l'LOPD, estableix que el consentiment no serà precís quan la cessió estigui autoritzada en una Llei.

D'altra banda, el Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals, que serà d'aplicació a partir del 25 de maig de 2018 (article 99), exposa que el consentiment s'ha de donar mitjançant un acte afirmatiu clar que reflecteixi una manifestació de voluntat lliure, i que la inacció no ha de constituir consentiment (Considerant 32).

En aquest context, es demana a aquesta Autoritat que dictaminï sobre la necessitat de disposar del consentiment de l'interessat per a la consulta de documents.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto l'informe següent:

I

(...)

II

La consulta es situa entorn al règim d'accés de les administracions a les dades i documents en poder de la mateixa administració o altres administracions per tal de donar compliment al dret dels ciutadans a no aportar al procediment aquells documents que obren en poder de les administracions, dret que reconeix amb caràcter general la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú (article 28 LPAC), i la Llei 26/2016, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (art.25.4).

L'article 28 de l'LPAC, substitueix el règim previst fins ara en els articles 6.2 b) i 9 de la Llei 11/2007, de 22 de juny d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics. Regula de manera diferenciada l'accés a documents elaborats per l'administració (supòsit de l'article 28.2), i l'accés o consulta de documents ja aportats per l'interessat i que obren en poder de la mateixa o una altra administració (supòsit regulat en l'article 28.3).

L'article 6 de la Llei 11/2007 disposava que els ciutadans, en relació amb la utilització dels mitjans electrònics en l'activitat administrativa tenien dret entre d'altres "b) *A no aportar les dades i documents que estiguin en poder de les administracions públiques, les quals han d'utilitzar mitjans electrònics per obtenir la informació esmentada sempre que, **en el cas de dades de caràcter personal, tinguin el consentiment dels interessats en els termes que estableix la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal, o una norma amb rang de Llei ho determini, llevat que hi hagi restriccions d'acord amb la normativa aplicable a les dades i documents recollits. El consentiment es pot emetre i acceptar per mitjans electrònics***".

L'article 9 de la mateixa LAECSP disposava, en relació amb la transmissió de dades entre administracions públiques que "*l'accés a les dades de caràcter personal, a més, està condicionat al compliment de les condicions que estableix l'article 6. 2 b.) d'aquesta Llei.*"

D'acord amb el règim vigent fins ara, l'accés per part de l'administració a la documentació en poder d'altra administració) requeria amb caràcter general i fora de supòsits específics d'habilitació legal per a la cessió (com el que regula l'article 21 l'LOPD), el consentiment de l'interessat en els termes previstos en l'LOPD.

III

Atesos els termes en què es formula la consulta, que es refereix exclusivament a la possibilitat prevista a l'article 28.2 de l'LPAC, escau analitzar quin és el règim d'accés previst a la Llei de procediment administratiu comú, en relació amb l'aportació dels documents que han estat elaborats per l'administració.

L'article 28.2 de l'LPAC, respecte als documents elaborats per l'administració, disposa:

"2. Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de

los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.

En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.”

El ciutadà té dret a no aportar al procediment els documents que hagi elaborat l'Administració (sigui el mateix òrgan, un altre òrgan o una altra Administració). Per fer efectiu aquest dret trasllada a l'Administració la càrrega d'incorporar-los a l'expedient, establint els criteris que cal seguir per a la consulta o sol·licitud d'aquesta documentació els quals cal analitzar-los des de la perspectiva de l'LOPD.

D'acord amb l'article 6.1 de l'LOPD, el tractament de les dades de caràcter personal requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat que la llei disposi una altra cosa. L'article 3 h) de l'LOPD, defineix el *consentiment de l'interessat* “ *com qualsevol manifestació de la voluntat, lliure, inequívoca, específica i informada, mitjançant la qual l'interessat consenti el tractament de dades personals que els concerneixen.*

Segons disposa l'article 3 i) de l'LOPD, constitueix *cessió o comunicació de dades*, qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l'interessat. Per tant, l'accés a les dades personals per part d'una Administració o l'òrgan o Administració encarregada d'elaborar el document i responsable del tractament, constitueix una cessió i resta subjecta a les normes i principis de l'LOPD.

Amb caràcter general l'article 28.2 estableix que “*Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración..., siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos.*”

No obstant això, la mateixa llei presumeix que existeix autorització per a la consulta o cessió de les dades per part de l'afectat, tret que consti l'oposició expressa de l'afectat en el procediment o la llei especial aplicable requereixi el consentiment exprés: “*Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.*”. S'estableix, doncs una habilitació legal per a la cessió de dades entre òrgans d'una mateixa administració o entre administracions públiques, la qual s'empara en l'article 11.2 a) de l'LOPD, segons el qual no és necessari el consentiment per a la cessió de dades quan existeixi una norma amb rang de llei que habiliti la cessió.

Escau recordar que tot i que la Llei pot, de conformitat amb el que disposen les articles 6.1 i 11.2 a) de l'LOPD, establir causes específiques legitimadores del tractament de les dades de caràcter personal sense que sigui precís en aquests supòsits disposar del consentiment dels afectats, aquest tractament ha de ser respectuós amb el contingut essencial del dret fonamental a la protecció de dades, conforme al que exigeix l'article 53.1 de la Constitució.

Així ho posat de manifest el Tribunal Constitucional en la Sentència 17/2013, de 31 de gener, fonament jurídic 4, en què assenyala el següent:

“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado, cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2. a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento de afectado para autorizar la cesión de datos.”

En aquest sentit convé recordar que d'acord amb l'article 4.1 de l'LOPD, *“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.”*, i que d'acord amb l'apartat 2 del mateix article *“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. No es considera incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques. (...)”*.

El fet que no sigui necessari el consentiment de l'interessat no implica l'exclusió dels principis de l'LOPD, i per això la informació a la qual es podrà accedir en ús d'aquesta habilitació serà només l'estrictament necessària per assolir la finalitat perseguida. Per exemple, en supòsits en què només calgui acreditar el nivell d'ingressos d'una persona física, resultaria clarament desproporcionat sol·licitar a l'administració tributària una còpia completa de la declaració de l'impost sobre la renda de les persones físiques. Seria suficient l'emissió d'un certificat negatiu de no superar un determinat nivell d'ingressos (que en determinats supòsits podria ser la solució òptima) o simplement sol·licitar informació sobre el nivell d'ingressos declarat.

Per altra banda, la persona interessada ha d'estar en condicions de conèixer i poder decidir sobre els documents que ha d'aportar i les alternatives que té per a fer-ho. Perquè, i això cal no oblidar-ho, les previsions contingudes a l'article 28.2 i 28.3 constitueixen drets de la persona

interessada. Correspon per tant a la persona interessada decidir sobre si fa us o no d'aquests drets.

Per això és important que la persona interessada estigui informada de les cessions que es poden produir arran del que estableix aquest article. En concret caldrà informar (per exemple en els mateixos formularis de recollida de dades) sobre les conseqüències de no aportar la informació exigible i en concret del fet que es presumirà que dóna el seu consentiment per tal que es consulti directament per l'administració a altres administracions públiques. Caldria identificar l'abast de les comunicacions que es duren a terme i els òrgans o organismes als quals es demanarà la informació.

També ha de ser clarament informat de la manera com pot oposar-se a la dita cessió, circumstància que contempla el precepte analitzat, que en principi podria fer-se mitjançant la inclusió d'una casella que pugui marcar en el cas que no vulgui que es faci la consulta.

Situats en aquest context, podem concloure que el règim d'accés als documents que es regula en aquest precepte es fonamenta sobre en l'exigència del consentiment de l'afectat, afegint, això sí, per als casos en què l'òrgan administratiu responsable del procediment no en disposi, una habilitació legal per a la consulta d'aquests documents (sempre que no sigui necessari un consentiment exprés segons la llei especial aplicable, i que no hagi mostrat oposició).

IV

Atès el que s'acaba d'exposar, cal fer referència als supòsits en que la Llei especial exigeix consentiment exprés de l'afectat per a la consulta i aquells en que no sigui necessari. En concret i pel que fa a la protecció de dades de caràcter personal, cal tenir en compte aquells documents que continguin dades especialment protegides previstes a l'article 7.2 i 7.3 de l'LOPD, el tractament de les quals requereix el consentiment exprés de la persona afectada.

En aquest sentit, i pel que fa a les dades relatives a la ideologia, l'afiliació sindical, la religió i les creences, l'apartat 2 de l'article 7 *estableix que* “ **Només amb el consentiment exprés i per escrit de l'afectat poden ser objecte de tractament les dades de caràcter personal que revelin la ideologia, l'afiliació sindical, la religió i les creences.** S'exceptuen els fitxers mantinguts pels partits polítics, els sindicats, les esglésies, les confessions o les comunitats religioses i associacions, les fundacions i altres entitats sense ànim de lucre, amb finalitat política, filosòfica, religiosa o sindical, quant a les dades relatives als seus associats o els seus membres, sens perjudici que la cessió d'aquestes dades requereix sempre el consentiment previ de l'afectat.(art.7.2 l'LOPD).

Pel que fa a les dades relatives a l'**origen racial, a la salut i a la vida sexual**, es requereix també el **consentiment exprés** per al tractament de dades relacionades amb l'origen; “ *només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament.* (art.7.3 l'LOPD)

Així, per exemple, la declaració de l'impost sobre la renda de les persones físiques pot contenir, entre d'altres, informació sobre l'afiliació sindical del declarant - la quota d'afiliació sindical és

una de les despeses deduïbles per al càlcul dels rendiments nets del treball.-. També pot contenir informació sobre la religió i creences – cas que s’empleni la casella corresponent a l’assignació tributària a l’Església Catòlica-, i també pot contenir dades relacionades amb la salut de les persones, -cas que el contribuïent o les persones al seu càrrec tinguin algun grau de discapacitat-.

L’accés a aquestes dades requereix el consentiment exprés de l’afectat, i no hi hauria en aquest cas altra habilitació per a la consulta o incorporació a l’expedient d’aquests documents (declaració de la renda de l’interessat o d’altres com el certificat de discapacitat de l’ICASS).

Pel que fa a la consulta o accés a documents que contenen informació personal que no sigui especialment protegida o per als quals la Llei especial aplicable no requereixi el consentiment exprés de l’afectat, l’article 28.2 de la Llei 39/2015, habilitaria la consulta o incorporació en l’expedient encara que no es disposi del consentiment de l’afectat i sempre que no s’hagi oposat a la consulta.

Aquest seria el cas, per exemple, dels certificats expedits per l’Agència Estatal de l’Administració Tributària i la Tresoreria General de la Seguretat Social que acrediten que l’interessat està al corrent del pagament de les obligacions tributàries o de la Seguretat Social i que acostumen a ser exigits tant en la tramitació d’expedients d’ajuts com de contractació administrativa, o, també per exemple, de certificats sobre la declaració de l’impost sobre la renda que es limitin a informar sobre els ingressos totals declarats. L’òrgan gestor de l’expedient restaria habilitat en aquest cas per obtenir aquesta informació encara que no comptés amb el consentiment de l’afectat.

De fet, en matèria d’ajuts, la mateixa Llei 38/2003, de 17 de novembre, de subvencions disposa en l’article 23.3, en relació amb la presentació telemàtica de sol·licituds, que la sol·licitud de per part del beneficiari comporta l’autorització a l’òrgan gestor per obtenir els certificats a emetre per la AEAT i la TGSS.

En canvi, en matèria de contractació, l’article 146 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s’aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, obliga a l’empresari, a presentar abans de l’adjudicació, justificació acreditativa d’estar al corrent del compliment de les obligacions tributàries i amb la Seguretat Social, obligació que caldrà interpretar, d’acord amb el que disposa l’article 28.2 de l’LPAC.

V

La consulta es refereix també als dubtes derivats del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d’ abril de 2016 relatiu a la protecció de las persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i la lliure circulació d’aquestes dades, (Reglament general de protecció de dades RGPD), en vigor des del 25 de maig de 2016, i que serà aplicable a partir del 25 de maig de 2018 (article 99 RGPD).

D'acord amb l'article 6.2 RGPD, "El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

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

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

(...)

Pel que fa al consentiment, l'article 4.11 del RGPD, el consentiment de l'interessat és:

"toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;"

Als efectes que interessin, cal tenir en compte que el considerant 32 del RGPD disposa el següent:

"El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. (...)."

El RGPD, doncs, no admet la possibilitat d'obtenir el consentiment dels afectats de forma tàcita, que seria aquell que es dedueix d'un acte de l'interessat, de la seva inacció o del seu silenci.

El règim d'accés que regula l'article 28.2 de l'LPAC, la legitimitat del tractament, i en definitiva l'habilitació per a la consulta dels documents administratius per part de l'òrgan gestor de l'expedient vindrà donada, bé pel consentiment exprés de l'interessat, cas que sigui necessari d'acord amb les disposicions legals aplicables. Ara bé, fora d'aquest supòsit, i malgrat que l'article 28.2 es refereixi a que es presumirà el consentiment, en realitat l'habilitació per a la comunicació en la resta de supòsits no derivaria del consentiment sinó directament de la llei, en aquest cas la LPAC, que preveu aquesta comunicació per fer possible l'exercici d'una potestat pública com seria la de comprovar els fets i circumstàncies exposats per les persones interessades en les seves sol·licituds o escrits.

Per tant, i tenint en compte sempre, tal com s'ha exposat, que la concurrència d'una habilitació per a la comunicació de les dades no eximeix del compliment de la resta d'exigències derivades de la normativa de protecció de dades, no existiria contradicció de l'article 28.2 amb l'exigència per l'article 4.9 del RGPD que el consentiment es manifesti mitjançant una declaració o una acció afirmativa clara, perquè l'habilitació derivaria de la mateixa LPAC en relació amb la lletra e) de l'article 6.2 del RGPD.

Conclusió

Les administracions públiques, per tal de fer efectiu el dret dels ciutadans a no aportar els documents que ha elaborat la mateixa o una altra administració, poden accedir a les dades necessàries per al procediment concret en base a l'habilitació legal que ofereix l'article 28.2 LPAC, sempre que la persona afectada no s'hi hagi oposat o que es tracti de dades respecte de les quals es requereixi el consentiment exprés per al seu tractament, com serien les dades previstes als articles 7.2 i 7.3 de l'LOPD. Tot això sens perjudici de la necessitat de complir la resta d'obligacions derivades de la normativa de protecció de dades, en especial del principi de proporcionalitat o minimització i de la informació a les persones afectades en els termes exposats en els fonaments jurídics d'aquest dictamen.

Barcelona, 9 de novembre de 2016