

Dictamen en relació amb la consulta formulada sobre el tractament de dades de caràcter personal amb motiu de l'expedició i la gestió dels títols de transport socials

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit en el que es demana que l'Autoritat emeti un dictamen sobre el tractament de dades de caràcter personal amb motiu de l'expedició i la gestió dels títols de transport socials.

En concret, planteja tres qüestions:

- 1) Atès que per a l'expedició dels títols de transport de famílies monoparentals i de famílies nombroses, així com el títol de transport de les persones en atur, és necessari comprovar la concurrència d'aquestes circumstàncies, es planteja si es podria aplicar el mecanisme de consentiment tàcit previst a l'article 28 de la Llei 39/2015, d'ú d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC) o si, per contra, es tractaria d'un supòsit en què es necessari el consentiment exprés.
- 2) En segon lloc, es pregunta si l'esmentat intercanvi de dades entre administracions públiques es podria dur a terme a l'empara del que estableixen les lletres b), c) i e) de l'article 6.1 del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (RGPD).
- 3) Finalment, atesa la intenció d'habilitar l'expedició dels títols de transport també per part d'altres punts de venda més enllà dels punts d'atenció de les empreses que presten els serveis de transport, es planteja:
 - Si aquesta habilitació en favor de tercers s'hauria d'entendre com una cessió de dades o, en canvi, com un encarregat del tractament.
 - Si el consentiment tàcit o la licitud del tractament a que es refereixen les dues primeres qüestions, podrien fer-se extensius també a aquests altres punts de venda, o si seria necessari el consentiment exprés del titular.
 - Quin nivell de seguretat es considera adient per a la protecció de les dades tractades (pertinença a una família monoparental/nombrosa o be persona en atur).

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

(...)

II

Pel que es descriu a la consulta, resulta obvi que l'intercanvi d'informació sobre si la persona afectada forma part d'una família monoparental o nombrosa, o es troba en situació d'atur, entre administracions públiques, o entre aquestes i els operadors del sistema de transport urbà de viatgers, comporta el tractament d'informació personal, atès que les persones a les quals s'expedeix el títol són persones físiques directament identificables. Per tant, el tractament d'aquesta informació s'haurà de sotmetre a la normativa en matèria de protecció de dades de caràcter personal.

Des de la perspectiva del dret a la protecció de dades de caràcter personal, *“qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent de l'interessat”* constitueix una cessió o comunicació de dades (article 3.i) de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD)) i, com a tal, s'ha d'efectuar de conformitat amb el règim previst, amb caràcter general, per a les comunicacions o cessions de dades personals a l'article 11 de la LOPD.

Aquest article disposa, com a norma general, que les dades objecte de 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”* (apartat 1). Aquesta regla general troba però determinades excepcions, entre les quals, la possibilitat que la comunicació estigui autoritzada en una llei o norma amb rang de llei (apartat 2.a)).

En els apartats següents analitzarem si concorre alguna d'aquestes excepcions, però a més ho haurem de fer també a la vista del que estableix el RGPD atès que, malgrat que no serà aplicable fins el 25 de maig de 2018, en la mesura que el tractament que es preveu dur a terme es perllongarà més enllà d'aquesta data caldrà respectar també aquestes previsions.

III

Pel que fa a la primera qüestió plantejada, això és, si es podria aplicar el mecanisme de consentiment tàcit previst a l'article 28 de l'LPAC o si, per contra, es tractaria d'un supòsit en què es necessari el consentiment exprés per a l'intercanvi de la informació necessària per a l'expedició dels títols de transport de famílies monoparentals i de famílies nombroses, així com el títol de transport de les persones en atur, cal dir el següent.

L'article 28 de l'LPAC, en els seus dos primers apartats, rellevants als efectes d'aquesta dictamen, estableix el següent:

“Artículo 28. Documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo.

1. Los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en la

normativa aplicable. Asimismo, los interesados podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente.

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.”

Certament l'aplicació d'aquest article fa innecessària l'aportació de documents que ja estiguin en poder de les administracions públiques, llevat que es tracti de supòsits en els quals l'ordenament jurídic exigeixi el consentiment exprés o en els quals la persona interessada s'hagi oposat a l'intercanvi d'informació.

Ara bé, no es pot passar per alt que, tal com recull la mateixa redacció de l'article 28, aquest article només és aplicable a les entitats que, d'acord amb l'article 2.3 de la mateixa LPAC tenen la consideració d'administració pública, això és, l'Administració de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes i els ens locals, així com els organismes de dret públic vinculats o dependents d'aquestes administracions. Les entitats de dret privat vinculades o dependents només estan subjectes al que estableix aquesta Llei en la mesura que exerceixin potestats administratives.

Per tant, les previsions de l'article 28 podrien ser d'aplicació, per exemple, el reconeixement de la condició de beneficiari d'aquests títols el dugués a terme l'administració consultant però no els operadors que actuen sota fórmules organitzatives de dret privat.

Cal tenir en compte que malgrat que es tracta de la prestació d'un servei de transport públic, la relació establerta entre les persones usuàries del servei de transport i l'empresa que el presta és una relació contractual de caràcter privat que, per tant, no està sotmesa a l'LPAC.

Pel que fa a la possibilitat que l'administració consultant pugui fer ús de la possibilitat prevista a l'article 28.2 de l'LPAC, certament, no sembla que la informació que es pretén intercanviar s'hagi de qualificar com a informació el tractament de la qual requereixi el consentiment exprés.

A aquests efectes cal tenir en compte les dades que es poden qualificar com a especialment protegides d'acord amb els articles 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)*

En el mateix sentit, l'article 9 del RGPD exigeix per al tractament d'aquestes dades, i també per al tractament de les dades genètiques o biomètriques que el consentiment sigui explícit.

No sembla que les dades que es pretén intercanviar s'hagin d'encabir dins d'aquestes categories. Per tant, en principi, i en la mesura que es tracta d'una entitat pública sotmesa a l'LPAC, l'administració consultant sí que podria emprar en els procediments que tramiti el mecanisme previst a l'article 28 de l'LPAC per a comprovar que una determinada persona que sol·licita el títol de transport pertany a una família monoparental o nombrosa o que es troba en atur.

Això sens perjudici que caldrà complir també amb la resta de principis i obligacions derivats de la normativa de protecció de dades. 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 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 dona 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.

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 o de la seva inacció 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 pel consentiment exprés de l'interessat en els casos en els quals 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 no derivaria del consentiment sinó directament de la llei, en aquest cas l'LPAC, que preveu aquesta comunicació per fer possible l'exercici d'una potestat pública com seria la de comprovar els fets i les circumstàncies exposats per les persones interessades en les seves sol·licituds o escrits.

Cal fer referència en aquest punt al RGPD atès que d'acord amb l'article 4.11 del mateix i el considerant 32, exclou la possibilitat de consentiment tàcit. Això podria fer pensar que existeix algun tipus de contradicció entre el mecanisme prevista l'article 28 de l'LPAC i aquestes previsions del RGPD. No obstant això, s'ha de tenir en compte que, en realitat, en el supòsit prevista l'article 28.2 de l'LPAC no es tracta tant d'un consentiment tàcit com d'un supòsit directament habilitat per la llei per un motiu d'interès públic. En aquest sentit, l'article 6.2.e) del RGPD, estableix que el tractament serà lícit si *"es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento"*. I l'article 6.3 estableix que en aquest cas la base del tractament haurà de ser establerta pel dret de la Unió Europea o dels estats membres.

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.

IV

En la segona qüestió plantejada a la consulta es pregunta si l'esmentat intercanvi de dades entre administracions públiques es podria dur a terme a l'empara del que estableixen les lletres b), c) i e) de l'article 6.1 del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (RGPD).

L'anàlisi d'aquesta qüestió requereix tractar separatament cadascuna de les circumstàncies habilitadores del tractament que es recullen als apartats b), c) i e) de l'article 6.1 del RGPD.

- 1) Que el tractament sigui necessari per a l'execució d'un contracte en el qual l'interessat és part o per a l'aplicació a petició d'aquest de mesures precontractuals (art. 6.1.b) del RGPD)

Pel que fa a aquesta primera circumstància habilitadora, s'ha de dir que no sembla que concorri en el cas que ens ocupa el supòsit de fet que permet la seva aplicació. Les administracions o les entitats privades que hagin d'expedir els títols de transport socials òbviament hauran de tractar dades relatives a les circumstàncies que justifiquen l'expedició del títol (per exemple, pertànyer a una família monoparental o nombrosa o estar en atur). La previsió de l'article 6.1.b) habilitaria el tractament d'aquestes dades perquè sense tractar-les no seria possible executar el contracte per al qual s'estableix el títol de transport. Ara bé, la comunicació de les dades o els documents acreditatius de la concurrència d'aquestes situacions per part d'altres administracions, no s'ha de fer necessàriament a través de la comunicació directa o la comprovació directa entre administracions o entre l'administració i l'entitat prestadora del servei. El ciutadà pot acreditar per altres vies la concurrència de les situacions esmentades. Per tant, no es pot sostenir que l'intercanvi sigui necessari per a l'execució.

Fins i tot en el cas que concorri el supòsit previst a l'article 28 de l'LPAC no es podria considerar necessari, perquè, recordem-ho, el mecanisme previst a l'article 28 per a fer possible la consulta entre administracions es configura com un dret de la persona interessada (art. 28.2 en relació amb el 53.1.d) de l'LPAC) no com una obligació que comporti la necessitat de fer l'intercanvi.

- 2) Que el tractament sigui necessari pel compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament (art. 6.1.c) del RGPD)

Les consideracions que s'acaben de fer respecte la lletra b) també han de portar a excloure l'aplicabilitat de la lletra c). Les administracions o entitats que expedeixen el títol de transport tenen l'obligació de comprovar la concurrència dels requisits exigits per a poder-ne gaudir. No obstant això, la comprovació no comporta l'obligació de sol·licitar directament la informació a l'administració pública que la tingui en el seu poder. És a dir, existeix l'obligació de fer la comprovació, però no la de sol·licitar a l'administració la informació acreditativa dels requisits. NO existeix per tant l'obligació legal a que es refereix la lletra c).

Qüestió diferent seria que es pugui impulsar una modificació normativa que obligui a les entitats que expedeixen els títols a consultar la concurrència dels requisits exigibles. Però això

requeriria l'aprovació d'una norma amb rang de llei que ho prevegi, tal com ens referirem més endavant.

- 3) Que el tractament sigui necessari per al compliment d'una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable del tractament.

L'expedició del títol de transport no comporta l'exercici de poders públics, atès que tal com hem exposat, la relació establerta entre la persona usuària del servei no deixa de ser un contracte sotmès al dret privat.

No obstant això, i atesa la condició de servei públic del transport urbà col·lectiu de viatgers sí que es pot considerar que estem davant d'un tractament necessari per a una missió, la prestació del servei públic de transport, realitzada en interès públic. Per tant, podria concórrer també el supòsit habilitant previst a la lletra e) de l'article 6.1.

Ara bé, com en el cas que acabem d'exposar a l'apartat 2) serà necessari que ho estableixi una norma amb rang de llei.

En aquest sentit, l'article 6.3 del RGPD estableix que la base del tractament indicat a les lletres c) i e) de l'apartat 1 s'ha d'establir al dret de la Unió o al drets dels estats membres. S'ha de tenir en compte que en principi l'aplicabilitat de la lletra e) es cenyeix a les entitats que tinguin la consideració d'autoritat pública o que siguin entitats de dret públic, però el considerant 45 del mateix RGPD obre la porta també a què al llei pugui establir l'aplicabilitat d'aquest supòsit a entitats de dret privat que compleixin una missió en interès públic.

També cal tenir en compte el Considerant 41 del RGPD, segons el qual el rang de la norma que ho estableixi s'ha de determinar d'acord amb l'ordenament constitucional de cada estat membre (en el cas espanyol l'art. 53 CE requeriria que sigui una norma amb rang de llei, com ha recordat el Tribunal Constitucional per exemple a la STC 292/2000), i a més, ha de ser clara i precisa i la seva aplicació ha de ser previsible per als seus destinataris, de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del Tribunal Europeu de Drets Humans.

Sobre aquest punt s'ha de fer notar que durant aquest any 2016 aquesta Autoritat ha emès tres informes en relació amb una proposta de mesura a incloure en la Llei de mesures sobre l'intercanvi electrònic de dades de caràcter personal de les persones usuàries del sistema de transport públic. Els tres informes es poden consultar al web d'aquesta Autoritat (PD 6/2016). I és important referir-se a aquesta qüestió perquè a la vista de la consulta que ara es formula la proposta de redacció, o millor, les successives propostes de redacció que s'analitzaven en aquells informes no resultaria prou clara, precisa i previsible, si el que es pretenia era donar cobertura al tractament que ara s'ha descrit a la consulta i que no estava concretat en la memòria de les successives propostes de redacció més enllà de referències genèriques a l'intercanvi de dades personals.

El primer informe es va emetre en relació amb una proposta que incloïa la redacció següent:

“Mecanismes de col·laboració interadministrativa per a l’intercanvi electrònic de les dades de caràcter personal de les persones usuàries del sistema de transport públic.

Amb l’objecte de tramitar i validar electrònicament l’emissió de títols de transport públic de tarifació social, es faculta a les administracions competents en el servei de transport públic de viatgers, així com a les empreses operadores del transport públic, a convenir amb altres administracions i empreses operadores el mode d’intercanvi electrònic de les dades de caràcter personal de les persones usuàries del servei de transport públic, sens perjudici que es doni compliment a qualsevol altre requeriment que exigeix la normativa en matèria de protecció de dades de caràcter personal.”

En l’informe de 22 d’abril de 2016, aquesta Autoritat va considerar que la manca de concreció en la proposta de disposició i en la memòria que s’acompanyava, dels aspectes assenyalats en l’informe, no permetia pronunciar-se sobre l’adequació de la proposta sotmesa a informe a la normativa de protecció de dades de caràcter personal.

Posteriorment es va presentar a aquesta Autoritat una nova proposta de redacció amb el text següent:

“Mecanismes de col·laboració interadministrativa per a l’intercanvi electrònic de les dades de caràcter personal de les persones usuàries del sistema de transport públic per a la tramitació, validació i verificació electrònica de títols de transport públic de tarifació social.

Amb l’objecte de tramitar, validar i verificar electrònicament els títols de transport públic de tarifació social, es faculta a les administracions titulars dels serveis que integrin els títols de transport de tarifació social, així com a les empreses operadores prestatàries d’alguns dels serveis integrats, a convenir el mode d’intercanvi electrònic amb altres administracions de les dades de caràcter personal de les persones usuàries del servei de transport públic imprescindibles per a la tramitació, validació i verificació electrònica del títol de tarifació social, sens perjudici que es doni compliment a qualsevol altre requeriment que exigeix la normativa en matèria de protecció de dades de caràcter personal.”

En l’informe de 28 d’abril de 2016, es va concloure que tot i que la redacció havia incorporat algunes millores, era necessari encara concretar alguns aspectes com ara els destinataris o les dades concretes que es pretenien intercanviar.

Finalment es va presentar una nova proposta de redacció amb el text següent:

“Mecanismes de col·laboració interadministrativa per a l’intercanvi electrònic de les dades de caràcter personal de les persones usuàries del sistema de transport públic per a la tramitació, validació i verificació electrònica de títols de transport públic de tarifació social.

Amb l’objecte de tramitar, validar i verificar electrònicament els títols de transport públic de tarifació social, es faculta les administracions titulars dels serveis que integrin els títols de transport de tarifació social i les empreses operadores que presten algun dels serveis integrats, a convenir el mode per intercanviar-se electrònicament les dades de caràcter

personal de les persones usuàries del servei de transport públic imprescindibles per a la tramitació, validació i verificació electrònica del títol de tarifació social, que siguin necessàries per a l'exercici de les respectives funcions en la gestió del títol. Això sens perjudici que es doni compliment a qualsevol altre requeriment que exigeix la normativa en matèria de protecció de dades de caràcter personal."

En aquest cas, a l'informe de 12 de maig de 2016 si be es va entendre que s'havia concretat més els diferents aspectes de la redacció, es va recomanar dur a terme una avaluació de l'impacte sobre la privacitat, en línia amb al que disposa l'article 35.10 del RGPD que aleshores no estava encara en vigor, però que va entrar en vigor el dia 25 de maig de 2016 i que serà aplicable a partir del 25 de maig de 2018.

S'ha de fer notar que en aquesta redacció final l'intercanvi de la informació estava previst que es dugués a terme entre les administracions titulars dels serveis i les empreses prestadores del serveis i les empreses prestadores. En canvi, en el cas que ara s'exposa a la consulta l'intercanvi es duria a terme entre les administracions que expedeixen els títols de família monoparental o família nombrosa o que poden certificar la situació d'atur, i l'administració titular del servei o els ens prestadors.

A més, aquella redacció induïa a pensar que la informació intercanviada era només informació facilitada en el moment de l'expedició del títol o amb motiu del seu ús, però no informació preexistent en poder d'altres administracions.

Per tant, si be les lletres b) i c) de l'article 6.1 del RGPD podrien donar cobertura a l'intercanvi, seria necessari aprovar prèviament una norma amb rang de llei que sigui clara i precisa i permeti preveure quins seran els fluxos informatius que s'establiran.

V

Atesa la intenció d'habilitar l'expedició dels títols i transport també per part d'altres punts de venda més enllà dels punts d'atenció de les empreses que presten els transports, en la consulta es planteja:

- a) Si aquesta habilitació en favor de tercers s'hauria d'entendre com una cessió de dades o en canvi com un encarregat del tractament.
- b) Si el consentiment tàcit o la licitud del tractament a que es refereixen les dues primeres qüestions, podrien fer-se extensius també a aquests altres punts de venda, o si seria necessari el consentiment exprés del titular.

Pel que fa a la primera qüestió, s'ha de dir que la normativa de protecció de dades preveu la figura de l'encarregat del tractament per a aquells casos en què una tercera persona realitza un tractament per compte del responsable del tractament.

L'article 3.d) de l'LOPD defineix el responsable del fitxer de la manera següent:

“persona física o jurídica, de naturalesa pública o privada, u órgano administrativo, que

decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. “

I la lletra g) del mateix article defineix l'encarregat del tractament com:

“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”

Pel que fa a l'encarregat del tractament, s'ha de tenir en compte a més, que l'article 12.2 de l'LOPD estableix que

“La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, **que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato**, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.”

En termes similars es manifesta l'article 4.8 del RGPD que defineix com a encarregat del tractament com *“la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”*. I també el RGPD estableix a l'article 28 el règim jurídic d'aquest relació entre el responsable del tractament i l'encarregat, que s'haurà de concretar en un acord o acte jurídic vinculant que contingui les estipulacions previstes a l'article 28.3.

De fet, d'acord amb la disposició addicional 26a del Text Refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSF), aprovat pel real decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, les entitats gestores del servei de transport a través d'alguna de les modalitats de gestió de serveis públics previstes al TRLCSF que hagin d'accedir a dades personals amb motiu de la prestació del servei, ja tenen la consideració d'encarregades del tractament.

Més enllà d'aquests supòsits que ja es deriven de del TRLCSF, correspon al responsable del tractament determinar si habilita a un tercer per actuar com encarregat del tractament per a que actuï per compte del responsable. Pel contrari, en aquells casos en que el tercer actuï per compte propi serà considerat com a responsable. En qualsevol cas, cal fer notar però que el fet de designar un encarregat del tractament no eximeix el responsable de les seves responsabilitats, llevat que l'encarregat actuï en contra de les instruccions del responsable (art. 12.4 LOPD i 28.10 del RGPD).

En el cas que la relació jurídica que s'estableixi sigui la d'un encarregat, l'entitat que actuï com encarregada pot tractar les dades a partir de l'habilitació de què disposi el responsable que li facilita l'accés a les dades.

No obstant això, i als efectes de donar resposta a totes les qüestions plantejades, no es pot descartar tampoc que les habilitacions legals que es puguin establir d'acord amb el que s'ha

exposat més amunt puguin preveure expressament, amb la deguda concreció i claredat, una habilitació per a aquestes terceres entitats.

VI

Finalment, a la consulta també es planteja quin nivell de seguretat es considera adient per a la protecció de les dades tractades (pertinença a una família monoparental/nombrosa o bé persona en atur).

D'acord amb el sistema establert a l'article 81 del Reglament de desplegament de l'LOPD (RLOPD), aprovat pel R. decret 1720/2007, de 21 de desembre, el tractament de la identitat de les persones que sol·liciten el títol de transport afegit a algun dels tres tipus de dades descrits (pertinença a una família monoparental/nombrosa o bé persona en atur) en principi només requeriria l'aplicació de mesures de seguretat de nivell bàsic (art. 81.1 RLOD).

Ara bé, no es pot descartar que en alguns casos es tractin els tres tipus de dades de manera conjunta, en el cas que concorrin dos o tres dels requisits a una mateixa persona (per exemple una persona aturada, que forma part d'una família nombrosa monoparental). Tampoc es pot descartar que el tractament que es dugui a terme per part de les entitats implicades inclogui altres dades (per exemple vinculades a la utilització dels títols). En aquests casos, atesa la possibilitat d'elaborar perfils de les persones afectades (per exemple, sobre al seva situació socioeconòmica o sobre els seus patrons de mobilitat) que permeten avaluar el seu comportament. En aquests casos, d'acord amb l'article 81.2.f) del RLOPD seria exigible aplicar mesures de nivell mitjà.

Però més enllà d'això, cal tenir en compte que el nou RGPD ha establert un sistema de seguretat que ja no es fonamenta en l'atribució d'un determinat nivell de seguretat a partir exclusivament de les dades tractades, sinó que es fonamenta en la necessitat d'una avaluació de riscos prèvia per part dels responsable del tractament per determinar quins són els riscos que es preveu objectivament que pugui generar el tractament i, a partir d'aquí, determinar i implementar les mesures de seguretat adients per fer-hi front (art. 32 del RGPD). Els tractaments de dades que s'hagin iniciat abans de 25 de maig de 2018 hauran d'adaptar-se a aquest sistema abans d'aquesta data.

Tot això a banda de la necessitat de dur a terme una avaluació de l'impacte sobre la privacitat (art. 35 del RGPD) abans d'iniciar un projecte d'aquestes característiques, tal com es va apuntar en els tres informes esmentats (PD 6/2016)

D'acord amb les consideracions fetes en aquests fonaments jurídics en relació amb la consulta plantejada en relació amb el tractament de dades de caràcter personal amb motiu de l'expedició i la gestió dels títols de transport socials, es fan les següents,

Conclusions

No hi ha contradicció de l'article 28.2 LPAC 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. No obstant això, l'aplicació del mecanisme previst a l'article 28 s'ha de limitar als procediments administratius de les entitats que tinguin la condició d'administracions públiques.

L'intercanvi de dades entre l'administració que disposa de la informació sobre els títols de família nombrosa o monoparental o sobre la situació d'atur i l'entitat que expedeixi el títol de transport no pot fonamentar-se en la lletra b) de l'article 6.1 del RGPD atès que no és un intercanvi estrictament necessari per a l'expedició. Pel que fa a les lletres c) i e) del mateix article 6.1 RGPD sí que podrien habilitar l'intercanvi, sempre que estigui previst en una norma amb rang de llei que sigui concreta, precisa i previsible, en els termes que s'han exposat més amunt.

L'administració consultant pot encarregar a terceres entitats que no siguin prestadores del servei de transport l'expedició dels títols de transport. Aquestes entitats, que actuarien per compte del responsable, s'haurien de sotmetre al règim de l'encarregat del tractament i no alterarien la responsabilitat de l'administració consultant respecte els tractaments que duguin a terme d'acord amb les seves instruccions.

Les mesures de seguretat exigibles d'acord amb el RLOPD en principi serien les corresponents a nivell mitjà de seguretat, si bé cal tenir en compte que d'acord amb el nou RGPD, abans del 25 de maig de 2018 caldrà fer una avaluació de riscos que permeti determinar les mesures de seguretat exigibles a la vista dels riscos concrets que es deriven del tractament.

Barcelona, 29 de novembre de 2016