

Dictamen en relació amb la consulta plantejada per un ajuntament sobre el contracte a subscriure per a la posada en marxa d'una plataforma de participació ciutadana

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit en què es demana el parer de l'Autoritat sobre l'adequació a la normativa de protecció de dades de la clàusula 9.2.10 de l'annex 1 del contracte a subscriure entre aquest ens local i l'empresa TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA SAU (en endavant, Telefónica) per a la posada en marxa de la plataforma de participació ciutadana CIVICITI.

S'adjunta a l'escrit de consulta còpia de l'esmentat contracte i de l'annex.

Analitzada la petició i la documentació que l'acompanya, i vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, es dictamina el següent.

I

(...)

II

L'Ajuntament sol·licita, en el seu escrit de consulta, el pronunciament d'aquesta Autoritat en relació amb l'adequació a la normativa de protecció de dades de la clàusula 9.2.10 de l'annex 1 del contracte a signar amb l'empresa Telefónica per tal de posar en marxa la plataforma de participació ciutadana CIVICITI, del qual adjunta còpia.

D'acord amb la documentació facilitada, CIVICITI és una plataforma de tecnologia avançada que pretén facilitar la relació entre els ciutadans i els seus representants, polítics, entitats i conciadans, per tal d'establir comunicacions fluïdes i fomentar la participació ciutadana, salvaguardant la protecció de les dades personals i el respecte a les llibertats individuals (apartat 2).

A tal efecte, la dita plataforma de participació ciutadana (en la seva versió *Premium* –la qual pretén contractar l'Ajuntament-) permet al client (l'Ajuntament) dur a terme diferents accions, tals com publicar notícies, esdeveniments o informació de caràcter general, realitzar enquestes, recollir signatures per recolzar una determinada proposta o iniciativa, proposar projectes, establir fòrums d'intercanvi d'opinió, participar en l'adopció dels pressupostos, establir un enllaç al portal de transparència i de dades obertes de què es tracti, o dur a terme consultes ciutadanes online.

D'acord amb la informació facilitada al web de la plataforma (www.civiciti.com/es), CIVICITI és una solució que opera en el núvol amb eines de participació ciutadana.

Tal com ha posat de manifest aquesta Autoritat en dictàmens anteriors (CNS 24/2012, CNS 57/2013, CNS 27/2014, CNS 55/2016 o CNS 60/2016, disponibles al web de l'Autoritat, www.apd.cat), la contractació de serveis tipus cloud computing o "computació en el núvol" gestionats per un tercer aliè a l'administració responsable, quan la seva prestació implica tractar dades personals dels fitxers o dels sistemes del responsable del fitxer o tractament, constitueix el que la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de

protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD) anomena “*un accès de dades per compte de tercers*” (article 12).

La Disposició addicional 26a del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), estableix que en el cas que la contractació de la prestació del servei “*implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento. En este supuesto, el acceso a esos datos no se considerará comunicación de datos, cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la LOPD. En todo caso, las previsiones del artículo 12.2 de dicha Ley deberán de constar por escrito.*”

En el present cas, com s'ha vist, l'Ajuntament vol subscriure un contracte amb l'empresa Telefónica per a la posada en marxa de la plataforma CIVICITI. En la mesura que la prestació d'aquest servei comporti el tractament de dades personals de què és responsable l'Ajuntament, la dita empresa tindria consideració d'encarregada del tractament (article 3.g) LOPD) i s'hauria de formalitzar un contracte d'encàrrec del tractament entre ambdues entitats (article 12.2 LOPD).

Ara bé, per la informació de què es disposa, no sembla que en el present cas l'empresa Telefónica hagi de tenir aquesta consideració d'encarregada del tractament, atès que no tractarà dades personals per compte de l'Ajuntament.

L'apartat 8.2 del contracte, relatiu a les condicions particulars del servei, preveu que l'empresa Telefónica subcontractarà els serveis d'un tercer, una empresa, per a la realització de part dels treballs objecte de la proposta que es fa a l'Ajuntament, els quals es defineixen a l'annex 1.

Aquest annex comprèn el contracte a subscriure entre l'Ajuntament i l'empresa per a la concessió d'una llicència d'ús del servei CIVICITI, atès que la dita empresa n'és la propietària (clàusula 9.2).

En atenció a aquestes previsions, s'entén que en el cas examinat l'empresa adoptaria la postura d'encarregat del tractament (article 3.g) LOPD), en la mesura que l'Ajuntament, mitjançant la signatura d'aquest contracte (annex 1), li estaria encarregant el tractament de les dades personals vinculades a la prestació del servei.

Ara bé, perquè això sigui així, cal que l'encàrrec del tractament estigui regulat en un contracte o acord per escrit o en alguna altra forma que permeti acreditar-ne la concertació i el contingut mínim que requereix l'article 12.2 de l'LOPD, això és:

- a) Que l'encarregat del tractament (l'empresa) ha de tractar les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament (l'ajuntament).
- b) Que no pot aplicar ni utilitzar les dades amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte, ni comunicar-les a altres persones, ni tant sols per a la seva conservació.
- c) Les mesures de seguretat que l'encarregat està obligat a implementar.

A banda d'aquest contingut mínim, per tal de donar compliment a la resta d'obligacions derivades de la normativa de protecció de dades (com ara, els articles 20 a 22 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la LOPD (en endavant, RLOPD)), l'Autoritat recomana que en aquest acord o contracte d'encàrrec es faci referència, si escau, a les qüestions següents:

- a) Identificació del fitxer o fitxers que inclouen les dades.

- b) Possibilitat que durant l'execució de l'encàrrec es comuniquin les dades a un altre encarregat del tractament.
- c) Les altres cessions que, si escau, hagi autoritzat el responsable del tractament.
- d) Si, al final de la prestació, l'encarregat ha de retornar les dades i els suports o documents on constin, les ha de lliurar a un altre encarregat que designi el responsable o les ha de destruir. En cas de destrucció, es recomana preveure també que l'encarregat hagi d'acreditar-la davant el responsable mitjançant un certificat.
- e) Obligació de l'encarregat del tractament de donar compliment al deure d'informació, en cas que reculli les dades.
- f) Determinació del procediment d'atenció de l'exercici dels drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició, per al cas que la sol·licitud es presenti davant l'encarregat del tractament.
- g) La delegació, si escau, a l'encarregat del tractament, de la facultat de resoldre els procediments d'exercici de drets.
- h) Possibilitat de subcontractació, si escau, i si és possible, identificació del subcontractista.
- i) Autorització per tractar dades fora dels locals de l'encarregat o per tractar-les en dispositius portàtils, si és necessari.
- j) Prohibició, si escau, d'incorporar les dades a suports diferents dels del responsable, en els supòsits que l'encarregat hi accedeixi remotament.
- k) La delegació a l'encarregat del tractament, si escau, de la tasca d'elaborar i, si escau, revisar el document de seguretat, quan les dades s'incorporin i es tractin exclusivament en els sistemes de l'encarregat. En aquest cas, es recomana també preveure que l'encarregat hagi de lliurar una còpia del document de seguretat al responsable.
- l) En els fitxers de nivell mitjà o alt, la comunicació al responsable del tractament de la designació del responsable de seguretat per part de l'encarregat del tractament.
- m) La comunicació, de forma immediata, al responsable del tractament de les incidències de seguretat que puguin afectar la integritat o la confidencialitat de les dades tractades.
- n) La delegació, si escau, de les autoritzacions previstes al títol VIII del RLOPD, en relació amb les mesures de seguretat.
- o) Els mecanismes previstos per verificar el compliment, per part de l'encarregat, de les mesures de seguretat establertes.
- p) El compromís de l'encarregat del tractament de formar el personal afectat pel que fa a les seves obligacions derivades de la normativa de protecció de dades.
- q) Les altres instruccions que el responsable consideri convenientes.

Dit això, convé fer avinent que el Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD), ha introduït modificacions en el contingut mínim del contracte que regula l'encàrrec del tractament, que afecten tant a les obligacions del responsable com a les obligacions de l'encarregat i, si escau, subencarregat.

Atès que l'article 99.2 estableix que l'RGPD no serà aplicable fins el 25 de maig de 2018, segueix vigent fins aquella data el règim previst a l'LOPD i a l'RLOPD a què s'ha fet referència, però cal tenir present que a partir de la data esmentada qualsevol encàrrec del tractament haurà de satisfer les exigències de la nova regulació.

En la documentació aportada no consta la durada del contracte a subscriure entre l'empresa i l'Ajuntament. En el cas que l'execució del contracte anés més enllà del mes de maig de 2018 (situació que en el cas que ens ocupa sembla previsible), l'Ajuntament ha de tenir present que el clausulat del contracte d'encàrrec haurà d'adequar-se a les previsions de l'article 28.3 del RGPD, segons el qual:

“3. El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;

e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;

f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;

g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.

En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.”

Tenint en compte el marc normatiu aplicable a la figura de l'encarregat del tractament, es fan, a continuació, algunes consideracions en relació amb la clàusula 9.2.10 de l'annex 1 del contracte, en què es contenen les obligacions i els deures de l'empresa en relació amb el tractament de les dades necessàries per a la prestació del servei CIVICITI.

III

D'entrada, cal fer notar que, com sol ocórrer en la contractació d'aquest tipus de serveis que operen en el núvol, tot sembla indicar que el contingut de la clàusula 9.2.10 de l'annex 1 que ara s'examina hauria estat elaborat per l'empresa proveïdora del servei.

Es desconeix si en el present cas l'Ajuntament ha tingut l'oportunitat de negociar les condicions de l'encàrrec amb la dita empresa i que consten en aquesta clàusula. En qualsevol cas, l'Ajuntament ha de tenir present que, com a responsable, li correspon la

tasca de garantir als afectats que les seves dades personals seran en tot moment tractades de conformitat amb la legislació vigent en matèria de protecció de dades (article 20.2 RLOPD).

En aquest mateix sentit es pronuncia el nou RGPD. D'acord amb el seu article 28.1, quan s'estableix un encàrrec del tractament, el responsable està obligat a triar un encarregat que ofereixi garanties suficients per aplicar mesures tècniques i organitzatives apropiades, de manera que el tractament sigui conforme a l'RGPD.

Sobre això, fer avinent que, en casos com el plantejat, no es pot descartar que en el present cas sigui exigible, d'acord amb l'article 35 de l'RGPD, fer una avaluació de l'impacte sobre la privacitat amb caràcter previ a la contractació del servei.

Aquest reglament requereix fer la dita avaluació d'impacte sobre la privacitat *"cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas"* (article 35.1).

Tal com es posarà de manifest al llarg d'aquest dictamen, en el present cas és previsible el tractament de dades especialment protegides o categories especials de dades (articles 7 LOPD i 9 RLOPD). Cal tenir en compte que, en la mesura que la plataforma examinada es concep com un mecanisme de participació dels ciutadans en assumptes que són el reflex d'un determinat programa polític o de govern, la mera participació o abstenció d'una persona podria indicar per si mateix una decisió política. A això caldria afegir aquella informació protegida que el mateix usuari pogués revelar amb la seva participació. Per altra banda, també és previsible la difusió d'informació personal en obert, així com la realització de transferències internacionals de dades.

La concurrència d'aquests elements podria justificar la realització en aquest cas de l'avaluació d'impacte sobre la privacitat prevista en l'esmentat article 35 de l'RGPD. Es tractaria de dur a terme una avaluació prèvia de l'afectació que pot tenir la contractació del servei CIVICITI per a la privacitat de les persones afectades, amb especial atenció als riscos per a la seguretat i la integritat de la informació, i una anàlisi de les diferents alternatives disponibles per assolir la finalitat perseguida (facilitar la participació ciutadana), de manera que es pugui optar per aquella que ofereixi més garanties per als drets de les persones.

Recordar que els tractaments de dades que s'hagin iniciat abans de 25 de maig de 2018 i es perllonguin més enllà d'aquesta data (com podria ser el cas ara examinat) hauran d'adaptar-se a les previsions de l'RGPD.

Dit això, pel que fa al contingut concret de la clàusula, es fan les consideracions següents:

1. La clàusula examinada no concreta els fitxers o les dades a les que tindrà accés l'empresa com encarregada del tractament. D'acord amb el principi de qualitat (article 4 LOPD), en la seva vessant de principi de minimització, el tractament de dades personals ha de ser el mínim indispensable per poder donar compliment a la finalitat pretesa.

En aplicació d'aquest principi, el present contracte a signar entre l'Ajuntament i l'encarregat hauria de precisar les dades a què aquest últim tindrà accés per tal de garantir que el tractament es limiti a les dades que siguin estrictament necessàries, pertinents i adequades per donar compliment a la finalitat pretesa.

2. La clàusula estableix que no es consideren dades personals aquella informació que l'usuari introdueix en el seu perfil públic d'usuari o bé durant la seva activitat oberta a la plataforma CIVICITI.

L'LOPD defineix dada personal com *“qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables”* (article 3.a)). L'RLOPD concreta, en aquest sentit, que es considera dada personal *“qualsevol informació numèrica, alfabètica, gràfica, fotogràfica, acústica o de qualsevol altre tipus que concerneix persones físiques identificades o identificables”* (article 5.1.f)).

Si bé la documentació adjuntada sobre el funcionament de la plataforma CIVICITI no permet establir amb claredat quina informació de l'usuari apareixerà publicada en el seu perfil (apartat *Usuarios*), en atenció a les previsions de la clàusula 9.2.11 de l'annex 1, podria entendre's que aquesta comprendrà, com a mínim, el nom i la fotografia de l'usuari.

D'acord amb aquestes previsions, és clar que la informació del perfil de l'usuari de la plataforma CIVICITI (nom i fotografia) tindrà consideració de dada personal. També, cal dir, tindrà aquesta consideració aquella informació que faciliti l'usuari en participar a la plataforma CIVICITI, en la mesura que s'associï al seu perfil.

Altra cosa és que aquesta informació (les dades identificatives i les aportacions efectuades a la plataforma) sigui objecte de publicació i, per tant, accessible pel públic en general, circumstància que haurà de posar-se en coneixement de l'usuari amb caràcter previ a la seva participació (aspecte que s'examina més endavant).

Per tant, caldria adequar aquesta previsió de la clàusula 9.2.10 de l'annex 1.

3. En la clàusula s'estableix la previsió que, per mitjà de la signatura del contracte, l'Ajuntament autoritza a l'empresa a subcontractar determinats serveis que la dita empresa considera essencials per garantir la correcta prestació del servei, en concret, els serveis d'allotjament, d'assistència i manteniment tècnic, i de comunicacions. Així mateix, s'estableix que s'informarà al client (l'Ajuntament) de la identitat dels possibles subcontractistes en una pàgina web.

Pel que fa a la subcontractació de part del tractament de dades que un responsable encarrega a un tercer, la normativa preveu que aquesta ha d'estar autoritzada pel responsable (article 21 RLOPD).

En igual sentit es pronuncia l'article 28.2 del RGPD, segons el qual *“el encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.”*

Si bé pot dir-se que la subcontractació prevista en aquesta clàusula s'efectua en uns termes que en principi s'ajustarien a les previsions de la normativa de protecció de dades, cal tenir present que, en la mesura que l'encàrrec del tractament en el present cas pugui, com s'ha dit, perllongar-se més enllà del 25 de maig de 2018, seria necessari establir-hi la possibilitat de l'Ajuntament d'oposar-se a determinades subcontractacions.

Així mateix, caldria que l'empresa signés un contracte específic amb cada subcontractista en què es fixin totes les obligacions que el client (l'Ajuntament responsable) li ha imposat com a encarregat i que aquests també hauran de complir (article 28.4 RGPD).

4. Relacionat amb el punt anterior, en la clàusula s'especifica que la subcontractació dels serveis abans esmentats (allotjament, assistència i manteniment, i comunicacions) per part de l'encarregat podrà implicar la transmissió de dades a entitats ubicades fora del territori nacional.

Sobre la ubicació concreta d'aquestes entitats i, per tant, de les dades trameses, en la clàusula només s'especifica que s'informarà en una pàgina web, l'enllaç de la qual no es troba disponible. Per tant, es desconeix a quins països s'està fent referència.

L'Ajuntament haurà de tenir en compte que, en la mesura que la informació personal es transmeti a entitats ubicades fora del territori de l'Espai Econòmic Europeu (EEE) –per exemple, en els Estats Units o en altres zones geogràfiques o tercers països-, ens trobarem davant d'una transferència internacional de dades (article 5.1.s) RLOPD), que estarà sotmesa al règim previst en els articles 33 i 34 de l'LOPD, així com, si escau, al règim previst en els articles 44 a 50 de l'RGPD.

Així, caldrà tenir en compte que, a banda de donar compliment al que estableix l'LOPD, caldrà obtenir l'autorització del Director de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (articles 33 LOPD i 137 a 144 RLOPD), tret que, entre d'altres excepcions previstes a l'article 34 LOPD i l'article 70 RLOPD, les dades es transfereixin a països que ofereixin un nivell adequat de protecció.

Al web de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (www.agpd.es) consta un llistat amb els països que, fins a dia d'avui, han estat declarats com a països amb un nivell adequat de protecció de dades.

Així mateix, consta l'enllaç a la pàgina web de "l'Escut de la privacitat UE-EEUU" (*Privacy shield*), on es pot consultar la relació d'entitats dels Estats Units respecte les quals s'ha certificat el compliment de principis i obligacions de protecció de dades.

Aquest "Escut de la privacitat UE-EEUU", vigent des del passat 12 de juliol de 2016, substitueix l'anterior acord "US-EU Safe Harbor" (anul·lat per la STJUE de 6 d'octubre de 2015).

Apuntar que, fora d'aquests supòsits, la transferència internacional de dades només es podria dur a terme si l'empresa o servei en qüestió ofereix garanties adequades i a condició que els afectats disposin de drets exigibles i d'accions legals efectives (article 46 RGPD). En aquest sentit, l'RGPD estableix diferents mecanismes per considerar que s'ofereixen garanties adequades, tals com normes corporatives vinculants (BCR), clàusules tipus, mecanismes de certificació, etc. (article 46.2 RGPD). Comptar amb algun d'aquests mecanismes faria innecessària l'autorització per a la transferència internacional de dades.

5. En la clàusula s'estableix una referència genèrica a l'adopció per part de l'encarregat de les mesures de caràcter tècnic i organitzatiu que siguin necessàries per garantir la seguretat de les dades de caràcter personal a què pugui tenir accés per a la prestació del servei encarregat pel client (l'Ajuntament) i que n'evitin l'alteració, la pèrdua, el tractament o l'accés no autoritzat, tenint en compte l'estat de la tecnologia, la naturalesa de les dades emmagatzemades i els riscos a què estan exposades.

Aquesta previsió, que concordaria amb allò establert a l'article 9 de l'LOPD, no es pot considerar suficient, atès que, com s'ha vist, en el contracte d'encàrrec del tractament s'ha de fer constar de manera expressa les mesures de seguretat que l'encarregat està obligat a implementar (article 12.2 LOPD).

Estant encara vigent l'RLOPD, seria necessari, per tant, concretar en aquesta clàusula quines de les mesures de seguretat regulades al Títol VIII de l'RLOPD ha d'implementar l'encarregat, en atenció al nivell de seguretat que resulti exigible en aquest cas –bàsic, mitjà o alt–.

Sobre això, apuntar que aquesta Autoritat, en supòsits en què s'ha examinat la seguretat exigible en la utilització de plataformes que, com en aquest cas, permeten dur a terme consultes participatives emprant mecanismes de votació electrònica (per exemple, CNS 11/2016 o CNS 25/2016, disponibles al web www.apd.cat), ha considerat convenient implementar el conjunt de mesures establertes de l'article 89 a 104 de l'RLOPD (les de nivell alt) mentre perduri l'obligació de conservar la informació relativa al procés participatiu que s'hagi celebrat, atès que en la celebració d'aquest tipus de processos no es pot descartar, en atenció a la matèria de què es tracti, el tractament de dades mereixedores d'especial protecció (articles 7 LOPD i 9 RGPD).

En la documentació adjuntada en què es descriu l'oferta presentada per l'empresa Telefónica a l'Ajuntament (apartat *Descripción de la solución de voto seguro online*) s'indica que:

“El sistema de voto que se propone (...) implementa un protocolo criptográfico único y patentado, que, combinado con medidas de seguridad físicas y lógicas, proporciona a las plataformas de voto electrónico los más altos niveles de seguridad disponibles al día de hoy.

(...) Además, se sirve de certificados digitales que autentican fuertemente los votantes antes de permitirles el acceso al proceso de voto y medios criptográficos que garantizan la integridad de los resultados electorales, evitando y detectando la incorporación de votos falsos y la manipulación o remoción de votos válidos.

(...) implementa un mecanismo único y patentado (...) que permite a los votantes verificar de forma anónima que su voto ha sido registrado por el sistema según la acción de voto. Además (...) almacena todas las acciones importantes que ejecuta el sistema, incluso las actividades de los votantes y usuarios de la administración, en registros protegidos por medios de mecanismos criptográficos (...) que aseguran que nadie pueda manipular las entradas almacenadas en los registros.”

Sens perjudici de valorar positivament l'adopció d'aquestes mesures (pròpies d'un nivell alt de seguretat), és necessari, com s'ha dit, incorporar-les de manera expressa en la clàusula 9.2.10 de l'annex 1, relativa al contracte d'encàrrec, junt amb aquelles altres que l'Ajuntament consideri pertinents.

Així mateix, caldria establir en aquest apartat de la clàusula 9.2.10 la previsió de que l'encarregat ha de posar en coneixement del responsable (l'Ajuntament), de forma immediata, qualsevol incidència que es produeixi durant l'execució del contracte que pugui afectar la integritat o la confidencialitat de les dades tractades.

Dit això, fer avinent 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 (no es basa en els nivells de seguretat bàsic, mitjà i alt previstos a l'RLOPD), sinó que es fonamenta en la necessitat d'una avaluació de riscos prèvia per part del 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 (article 32 RGPD). Recordar, que 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.

En un cas com l'examinat, per tant, l'Ajuntament hauria de tenir en compte el model de seguretat que implementa l'empresa, com a encarregada del tractament, i si realitza una valoració de riscos. Així mateix, hauria de tenir en compte si la dita empresa utilitza algun mecanisme de certificació, atès que, en el marc de l'encàrrec del tractament, el compliment de certs estàndards de seguretat pot ser un indicador a tenir en compte a l'hora d'establir si el servei CIVICITI s'ajusta a les exigències de la normativa de protecció de dades (article 28.5 RGPD).

En qualsevol cas, d'acord amb l'article 28.3 de l'RGPD, en el contracte d'encàrrec del tractament haurà de preveure's que l'empresa, com encarregada, *"tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32"* (lletra c)), així com que *"ayudará al responsable (l'Ajuntament) a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado"* (lletra f)).

6. En la clàusula s'estableix que un cop complerta la prestació del servei contractat l'empresa "podrá devolver al cliente los datos de carácter personal, debiendo proceder al borrado o destrucción de cualquier información, soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento, sin conservar copia alguna de los mismos, salvo las que vengan impuestas por el ordenamiento jurídico. En este sentido podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el cliente."

La manera en què està redactada aquesta previsió ("*podrá*") no distingeix amb prou claredat el destí que han de tenir les dades en finalitzar la prestació (article 12.3 LOPD). Cal concretar si l'encarregat ha de retornar la informació personal i els suports o documents on consti a l'Ajuntament o bé si ho ha de destruir. En aquest darrer cas, a més, seria recomanable preveure que l'encarregat ha d'acreditar la destrucció davant l'Ajuntament mitjançant un certificat.

En aquest mateix apartat, la clàusula preveu que l'empresa pugui conservar les dades personals *"de ser éstos necesarios para poder seguir ofreciendo el Servicio a los usuarios en modo gratuito."*

L'LOPD és clara en establir que, finalitzat l'encàrrec del tractament, *"les dades de caràcter personal han de ser destruïdes o tornades al responsable del tractament, i també qualsevol suport o document en què consti alguna dada de caràcter personal objecte del tractament"* (article 12.3).

L'incompliment d'aquesta previsió (com ara la conservació de dades per l'encarregat no relacionada amb l'atenció de possibles responsabilitats (article 16.3 LOPD)) comportarà la conseqüència prevista a l'article 12.4 de l'LOPD, segons el qual *"en cas que l'encarregat del tractament destini les dades a una altra finalitat, les comuniqui o les utilitzi incomplint les estipulacions del contracte, també ha de ser considerat responsable del tractament, i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment."* Per tant, només podrà tractar-les amb la finalitat indicada (oferir el servei en mode gratuït) si compta amb el consentiment dels afectats o una habilitació legal.

7. Finalment convindria establir en aquesta clàusula un apartat específic que fes referència a la durada del contracte d'encàrrec.

IV

Dit això, convé fer algunes consideracions en relació amb l'apartat que la dita clàusula 9.2.10 de l'annex 1 del contracte dedica a les obligacions que, en matèria de protecció de dades, li correspon al client (l'Ajuntament), i a què fa es referència expressa en l'escrit de consulta.

S'estableix, en concret, que les dades personals a què accedirà l'encarregat del tractament per a la prestació del servei CIVICITI han estat obtingudes i tractades pel client (l'Ajuntament) de conformitat amb les obligacions que imposa la normativa de protecció de dades. En aquest sentit, es fa referència:

A) Al fet que l'Ajuntament compta amb el **consentiment informat** dels afectats per al tractament de les seves dades amb la finalitat expressada en el contracte.

L'article 6 de l'LOPD estableix que el tractament de dades de caràcter personal requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat que la llei disposi una altra cosa (aparta 1). Ara bé, aquest consentiment no és necessari quan, entre d'altres supòsits, les dades es recullen per a l'exercici de les funcions pròpies de les administracions públiques en l'àmbit de les seves competències (apartat 2).

La celebració de determinats processos de participació ciutadana per part de l'Ajuntament pot no requerir el consentiment de les persones participants, atesa l'existència d'habilitació legal per al tractament de les dades que en aquest sentit resultin necessàries.

Així, per exemple, l'elaboració del corresponent cens per l'Ajuntament, als efectes de participar en una determinada consulta popular, no requeriria el consentiment dels ciutadans del municipi. La Llei 10/2014, del 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana, habilita l'Ajuntament per dur a terme processos de participació ciutadana, d'acord amb el procediment establert en cada cas. En la mesura que el foment de la participació ciutadana en els assumptes públics constitueix, per tant, una funció municipal, l'Ajuntament estaria habilitat per tractar, sense consentiment, les dades personals necessàries en aquest sentit (article 6.2 LOPD).

Ara bé, en el present cas, la plataforma CIVICITI permet dur a terme diferents accions de participació ciutadana (des de fer aportacions, propostes o comentaris a votar en una determinada consulta ciutadana), per la qual cosa s'ha previst que, per tal de poder participar, és necessari que el ciutadà es registri prèviament a la plataforma (apartat 2.1.1 *Entorno Web. Menú Superior*, de la documentació aportada).

Per tant, en aquest cas, la recollida i tractament de les dades dels ciutadans que participen en els diversos processos de participació ciutadana que dugui a terme l'Ajuntament a través de la plataforma es produirà a partir de la voluntat o el consentiment de les persones que vulguin participar-hi, previsió que resulta conforme amb l'article 6.1 de l'LOPD i que es valora positivament.

Dit això, amb caràcter previ a l'atorgament del consentiment esmentat i a la recollida de les dades, és necessari informar les persones afectades sobre els aspectes a què es refereix l'article 5.1 de l'LOPD, això és:

"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."*

Per altra banda, l'apartat 3 del mateix article 5 de l'LOPD estableix que 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.

Assenyalar, en aquest punt, que l'RGPD configura la informació com un dret de les persones afectades (article 13) i amplia les qüestions sobre les quals cal informar-les, amb els aspectes següents: les dades de contacte del delegat de protecció de dades; la base jurídica del tractament; els interessos legítims perseguits en què es fonamenta el tractament, si escau; la intenció de transferir les dades a un país tercer o a una organització internacional i la base per fer-ho, si escau; el termini durant el qual es conservaran les dades; el dret a demanar la portabilitat; el dret a retirar en qualsevol moment el consentiment que s'ha prestat; si la comunicació de dades és un requisit legal o contractual o un requisit necessari per subscriure un contracte; el dret a presentar una reclamació davant d'una autoritat de control; l'existència de decisions automatitzades, inclosa la lògica aplicada i les seves conseqüències.

En el present cas es desconeix quina clàusula informativa es facilita a les persones que es registren a la plataforma CIVICITI. No obstant això, en un cas com el que ens ocupa caldria informar-les prèviament dels extrems a què es refereix l'article 5.1 de l'LOPD i, en particular, de quina informació és obligatòria i quina és opcional a l'hora de poder participar, així com dels destinataris d'aquesta informació.

En aquest sentit, fer avinent que la publicació o difusió d'informació personal a la mateixa plataforma CIVICITI constitueix una cessió (article 3.i) LOPD) que, de conformitat amb l'article 11 de l'LOPD, requereix comptar amb el consentiment previ dels afectats (apartat 1) o bé, en el seu defecte, amb una norma amb rang de llei que l'autoritzi (apartat 2.a)), entre d'altres excepcions.

A més, escau recordar que l'article 11.3 de l'LOPD estableix que serà nul el consentiment per a la comunicació de les dades de caràcter personal a un tercer quan la informació que es faciliti a l'interessat no li permeti conèixer la finalitat a la que es destinaran les dades, la comunicació de les quals s'autoritza.

Per tant, a través de la clàusula informativa que es faciliti als afectats en el moment de registrar-se a CIVICITI ha de quedar suficientment clar, a banda dels aspectes als quals ens hem referit, que amb la seva participació consenten la publicació o difusió de determinada informació personal (dades del seu perfil i els seus comentaris, opinions o aportacions).

Sobre això, la clàusula 9.2.11 de l'annex 1 del contracte, relativa a la propietat intel·lectual, estableix que *"cuando se publica contenido o información en CIVICITI el Cliente acepta, y así lo hará aceptar a los Usuarios, que los datos son abiertos y anonimizados en la medida de lo posible, y por lo tanto significa que permiten que todos, incluidas las personas que son ajenas a CIVICITI, acceden a dicha información, la utilicen y la asocien a su perfil (es decir, a su nombre y foto del perfil)."*

Pel que es desprèn d'aquesta darrera previsió, els comentaris o les propostes fetes a CIVICITI pels participants seran publicades de manera que permetran identificar-ne l'autor. Aquesta circumstància s'hauria de reflectir clarament en la clàusula informativa.

En aquest sentit, fer avinent que la referència que es fa a la difusió "*anonimizada en la medida de lo posible*" de les dades genera confusió i pot erròniament portar a creure als usuaris el contrari, això és que les seves aportacions es publicaran de manera anònima (sense associar-se al seu nom i fotografia). Atès que, per la informació aportada, aquesta opció no és possible en el present cas, caldria eliminar aquesta referència.

Dit això, atès que, per la informació de què es disposa, sembla que la recollida de dades la durà a terme l'empresa, caldria establir en aquesta clàusula 9.2.10 de l'annex 1 que li correspon, com encarregada del tractament, el compliment d'aquest deure d'informació, llevat que se'n faci càrrec l'Ajuntament.

Recordar que, un cop resulti aplicable l'RGPD, caldrà completar la informació que s'hagi proporcionat als usuaris en la recollida de les seves dades (article 5.1 LOPD) amb el contingut addicional establert al reglament (article 13). Arribat el moment, es recomana, en aquest sentit, aprofitar les comunicacions que es mantinguin amb els afectats per completar la dita informació o publicar al web de la plataforma la clàusula informativa adequada.

B) Al fet que les dades personals seran veraces, exactes i posades al dia.

L'Ajuntament, responsable del tractament, ha de lliurar a l'encarregat les dades personals vinculades a la prestació del servei contractat. I aquest lliurament s'ha de fer de conformitat amb el principi de qualitat de les dades (article 4.3 LODP), segons el qual dades sotmeses a tractament "*han de ser exactes i posades al dia de manera que responguin amb veracitat a la situació actual de l'afectat.*"

Per tant, aquesta previsió es considera correcta.

C) Al fet que l'Ajuntament compta amb l'autorització per a la transmissió nacional i internacional de les dades personals amb els fins pretesos.

No queda suficientment clar a què s'està fent referència amb l'expressió "transmissió nacional" de dades. En cas de tractar-se de la possibilitat de dur a terme cessions de dades (article 3.i) LOPD), cal tenir en compte que aquestes haurien d'estar previstes expressament per l'Ajuntament en aquesta clàusula 9.2.10 (article 12.2 LOPD) i que, òbviament, aquestes només podrien efectuar-se previ consentiment dels afectats o habilitació legal (article 11 LOPD).

Pel que fa a la transmissió internacional de dades, ens remetem a les consideracions efectuades en l'apartat III.4 d'aquest dictamen.

D) Al fet que l'Ajuntament compta amb el consentiment exprés i voluntari per al tractament de dades especialment protegides o categories especials de dades.

En un cas com el plantejat no es pot descartar que, en funció de la naturalesa dels comentaris, opinions o aportacions que efectuïn els usuaris a la plataforma, l'Ajuntament acabi tractant dades especialment protegides o categories especials de dades (articles 7 LOPD i 9 RGPD).

A banda d'aquella informació especialment protegida que el mateix usuari pugui revelar, cal tenir present que, en la mesura que la plataforma CIVICITI es concep com un

mecanisme de participació dels ciutadans en assumptes que són el reflex d'un determinat programa polític o de govern, la mera participació o abstenció d'una persona podria indicar *per se* una decisió política i, en conseqüència, podria comportar el tractament de dades especialment protegides.

Sent així, l'habilitació per al tractament d'aquestes dades vindria donada pel consentiment prestat prèviament per l'usuari en el moment de registrar-se, sempre que, com s'ha vist anteriorment, se l'hagi informat de manera expressa, precisa i inequívoca dels extrems de l'article 5.1 de l'LOPD.

E) A la possibilitat del titular de les dades d'exercir els **drets habeas data** (accés, rectificació, oposició i cancel·lació).

Amb aquesta previsió no queda suficientment clar davant de quina de les dues entitats (l'Ajuntament o l'empresa) pot exercir els seus drets l'afectat. Correspon a l'Ajuntament, com a responsable, atendre les sol·licituds d'exercici dels drets habeas data. Ara bé, també és possible establir en el contracte d'encàrrec la delegació de la resolució d'aquests procediments en l'encarregat del tractament.

Per tant, caldria indicar clarament en aquesta clàusula 9.2.10 de l'annex 1 del contracte si els afectats poden exercir els seus drets davant l'Ajuntament o bé si ho han de fer davant de l'empresa.

En el cas que sigui l'Ajuntament qui atengui les sol·licituds d'exercici de drets, seria convenient establir en aquesta clàusula 9.2.10 el procediment a seguir per part de l'encarregat en aquell supòsit en què l'afectat li presenti una sol·licitud, atès que és necessari comunicar-ho al més aviat possible al responsable (l'Ajuntament) per tal de poder resoldre-la dins del termini establert.

Dit això, fer avinent que l'RGPD amplia els drets dels afectats. Així, a banda dels drets d'accés, rectificació i oposició, el reglament reconeix als interessats el dret de supressió o dret a l'oblit (article 17), el dret a la limitació del tractament (article 18), el dret a la portabilitat de les dades (article 20) i el dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en el tractament automatitzat, inclosa l'elaboració de perfils (article 22). Per tant, caldrà tenir en compte que, a partir del 25 de maig de 2018, els afectats podran exercir el conjunt de drets reconeguts en l'RGPD.

D'acord amb les consideracions fetes fins ara en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

Conclusions

Examinat el contracte d'encàrrec del tractament a subscriure entre l'Ajuntament i l'empresa, per a la prestació del servei CIVICITI (plataforma de participació ciutadana), es considera que aquest es pot adequar a la normativa de protecció de dades si es tenen en compte les consideracions fetes en aquest dictamen i, en especial, les següents:

- a) Cal concretar les mesures de seguretat que ha d'implementar l'encarregat.
- b) Cal concretar el destí de les dades personals vinculades a la prestació del servei un cop aquesta finalitzi.

c) L'Ajuntament, com a responsable del tractament, ha de vetllar perquè les transferències internacionals de dades que puguin tenir lloc a conseqüència de la contractació d'aquest servei s'adeqüin a la normativa de protecció de dades.

d) Cal informar degudament als usuaris de la plataforma CIVICITI dels aspectes relatius al tractament d'acord amb les consideracions fetes en l'apartat IV d'aquest dictamen, i en especial sobre la publicació o la divulgació de dades prevista.

Barcelona, 30 de gener de 2017