

Dictamen con relación a una consulta sobre la incorporación de determinados servicios de la entidad A a la entidad B.

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito de la entidad B en el que solicita la opinión de esta Autoridad sobre las actuaciones que deben llevarse a cabo para adecuarse a la legislación de protección de datos personales a la vista de la incorporación de determinados servicios prestados por la entidad A a la entidad B.

Analizada la petición y visto el informe de la Asesoría Jurídica, se dictamina lo siguiente.

I

(...)

II

La entidad B expone, en su escrito de consulta, que el Ayuntamiento de [...] ha decidido incorporar a la entidad algunos de los servicios que hasta ahora prestaba la entidad A, por lo que los datos de los pacientes de los que dispone la entidad A se comunicarán a la entidad B. Visto esto, plantea qué actuaciones deben llevarse a cabo con el fin de adecuarse a la legislación de protección de datos de carácter personal.

Con el fin de dar una respuesta adecuada a la consulta planteada, se considera necesario, de entrada, clarificar la posición que ocupan ambas entidades de titularidad municipal en relación con el tratamiento de los datos personales que serían objeto de transmisión. En atención a la información de que se dispone, no puede descartarse, como se expone a continuación, que tanto la entidad A como la entidad B ostenten en el presente caso la condición de encargados del tratamiento.

De acuerdo con la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), se entiende por encargado del tratamiento “la persona física o jurídica, la autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o junto con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento” (artículo 3.g).

Por responsable del tratamiento se entiende “la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento” (artículo 3.d de la LOPD).

En la sede electrónica del Ayuntamiento de [...] puede consultarse el acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2017, mediante el cual se acuerda aprobar inicialmente la modificación de la forma de gestión de los servicios de salud mental y adicciones en la ciudad de [...], que hasta ahora gestiona la entidad A y que pasarán a ser gestionados por la entidad B.

Según se desprende de los antecedentes de este acuerdo, en fecha 15 de marzo de 1995 se firmó un convenio entre el Servicio Catalán de la Salud (en adelante, CatSalut) y la entidad A, en virtud del cual la entidad A gestionaría dichos servicios sanitarios de salud mental y adicciones en la ciudad de [...] por cuenta del CatSalut.

Desde el punto de vista de la protección de datos podría entenderse que el CatSalut, mediante la suscripción de dicho convenio, estaría encargando a la entidad A el tratamiento de los datos personales necesarios para la prestación de dichos servicios. Nos encontraríamos, por tanto, ante un acceso a datos por cuenta de terceros (artículo 12.1 de la LOPD).

Ahora bien, para disfrutar de los efectos previstos en el artículo 12.1 de la LOPD, no solo es necesario que el tratamiento de datos (lo que hace o hacía la entidad A) sea por cuenta del responsable (el CatSalut), sino que es necesario también que el encargo del tratamiento esté regulado en un contrato o acuerdo por escrito que permita acreditar su celebración y contenido mínimo que requiere el artículo 12.2 de la LOPD, esto es, “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”, así como “las medidas de seguridad a las que se refiere el artículo 9 de la LOPD que el encargado del tratamiento está obligado a implementar”.

El mencionado convenio de 1995 no contiene ninguna previsión o condición que incorpore los extremos señalados en este artículo 12 de la LOPD. Tampoco consta ninguna adenda en este sentido. Con todo, no podría descartarse la existencia de un acuerdo específico o acto jurídico similar al respecto, teniendo en cuenta que en otros encargos de prestación de servicios sanitarios llevados a cabo por el CatSalut con terceros sí se ha formalizado el correspondiente encargo del tratamiento. En este sentido, hay que destacar el hecho de que el CatSalut tiene firmado con esta misma entidad un convenio específico para la atención a las drogodependencias (de 2 de enero de 1996), respecto al cual, en el año 2017, se añadió una cláusula adicional (la 27.^a) en la que se regulan las obligaciones que corresponden a la entidad A como encargado del tratamiento en relación con los datos personales vinculados a la prestación de este servicio. En atención a estos hechos, por tanto, no podría descartarse que la entidad A ostentara también dicha condición de encargado del tratamiento en relación con los datos personales vinculados a la prestación del servicio de salud mental por cuenta del CatSalut.

Esta posible condición de encargado del tratamiento (artículo 3.g de la LOPD) en la prestación de los servicios de salud mental y adicciones parece más clara en el caso de la entidad B.

El mencionado acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de [...] de 28 de noviembre de 2017 incorpora, como documento anexo 1, una propuesta de convenio de cooperación entre el CatSalut, el Ayuntamiento y la entidad B para garantizar la continuación de la prestación de dichos servicios de salud mental y adicciones para la ciudad de [...].

El contenido de determinadas cláusulas de esta propuesta de convenio evidencia que la entidad B, una vez se formalice el convenio, podría adoptar, en cuanto al tratamiento de los datos personales que requiera para la prestación de los citados servicios por cuenta del CatSalut, la posición de encargado del tratamiento. Así, por ejemplo, hay que destacar las siguientes cláusulas:

“Cuarta. La entidad llevará a cabo la atención de salud mental y las drogodependencias que se define en este convenio y en sus cláusulas adicionales para las personas pacientes atendidas por cuenta del CatSalut”.

“Decimoquinta. La entidad entregará a cada persona usuaria atendida a cargo del sistema sanitario público la información que determine el CatSalut mediante las oportunas instrucciones.

(...)

En cuanto a la HC3 (historia clínica compartida de Cataluña), la entidad se hace responsable de cumplir la normativa sobre protección de datos de carácter personal, tanto de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), como del Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, y demás normativa de desarrollo y aplicación.

En el mismo sentido, la entidad informará a los miembros de su personal que tengan acceso autorizado que cada uno de ellos asume la responsabilidad de proteger los datos y los sistemas de identificación y autenticación, e informar que queda trazabilidad de todos los accesos realizados. Por otra parte, utilizarlos implica conocer y aceptar los derechos y deberes relacionados con el acceso a la HC3”.

“Vigesimosegunda. La entidad se obliga al cumplimiento de todo lo establecido en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD), antes citada, y en el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, en relación con los datos personales a los que tenga acceso durante la vigencia de este convenio.

La documentación e información que se desprenda o a la que se tenga acceso con motivo de la prestación de los servicios derivados de este convenio, que corresponde a la Administración contratante responsable del fichero de datos personales, tiene carácter confidencial y no podrá ser objeto de reproducción total o parcial por ningún medio o soporte; por tanto, no se podrá efectuar ni tratamiento ni edición informática, ni transmisión a terceras personas fuera del estricto ámbito de la ejecución directa del convenio, ni siquiera entre el resto del personal que tenga o pueda tener la entidad que presta el servicio objeto de este convenio.
(...)”.

III

Teniendo en cuenta estas consideraciones, podría entenderse que la transmisión de los datos personales de los pacientes de los que dispone la entidad A a la entidad B, a la que se refiere el escrito de consulta, sería consecuencia de un cambio de la entidad que debe actuar como encargada del tratamiento (artículo 3.g de la LOPD) con respecto a los datos personales vinculados a la prestación de los servicios sanitarios de salud mental y adicciones por cuenta del CatSalut, responsable de dicha información (artículo 3.d de la LOPD).

Si fuera este el caso, habría que tener en cuenta que, en atención a las previsiones del artículo 12.2 de la LOPD, ya citado, el encargado del tratamiento no podría comunicar a ningún otro destinatario los datos a los que hubiera tenido acceso en la ejecución del encargo, o los que hubiera elaborado a partir de esos datos, salvo que en el acuerdo o contrato de encargo se hubiera establecido que, al finalizar el encargo, el encargado entregará los datos al nuevo encargado que designe el responsable.

En el caso de que en este acuerdo o contrato de encargo se estableciera la devolución de los datos al responsable al finalizar el encargo, la comunicación también podría llevarse a cabo si el responsable da instrucciones al encargado para que los entregue al nuevo encargado que haya designado.

Así se desprende del artículo 20.3 del RLOPD, según el cual:

“3. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato al que se refiere el apartado 2 del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

No obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”.

Así pues, en el supuesto de que en el presente caso no se hubiera previsto en el correspondiente acuerdo de encargo (o cláusula adenda al convenio) la entrega de los datos personales de los que dispone la entidad A como consecuencia de la prestación de los servicios sanitarios de salud mental y adicciones por cuenta del CatSalut a un nuevo encargado (la entidad B), correspondería al CatSalut, como responsable, dar las instrucciones oportunas a la entidad A para que entregara tal información a la entidad B.

Al mismo tiempo, sería necesario resolver el acuerdo o contrato de encargo del tratamiento que el CatSalut pudiera mantener con la entidad A y formalizar uno nuevo con la entidad B.

Al respecto, y a la vista de las previsiones de la propuesta de convenio entre el CatSalut, el Ayuntamiento y la entidad B (anexo 1 del acuerdo del Pleno), habrá que tener en cuenta que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos (en adelante, RGPD) ha introducido modificaciones en el contenido mínimo del contrato que regula el encargo del tratamiento, que afectan tanto a las obligaciones del responsable como a las obligaciones del encargado y, en su caso, subencargado.

Dado que el artículo 99.2 establece que el RGPD no será aplicable hasta el 25 de mayo de 2018, sigue vigente hasta esa fecha el régimen previsto en la LOPD (artículo 12) y en el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (artículos 20 a 22), pero hay que tener presente que a partir de dicha fecha cualquier encargo del tratamiento deberá satisfacer las exigencias de la nueva regulación.

Así pues, hay que tener presente que el clausulado del acuerdo de encargo que el CatSalut pueda formalizar con la entidad B (sea en el mismo convenio de gestión de la prestación de los servicios sanitarios o bien en otro acuerdo específico) deberá adecuarse a las previsiones del artículo 28.3 del RGPD, según el cual:

“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”.

En relación con la suscripción del contrato de encargado del tratamiento, puede ser de interés consultar la Guía sobre el encargado del tratamiento en el RGPD, elaborada por las autoridades de protección de datos para ayudar a los responsables y los encargados en la adaptación a las exigencias del RGPD, disponible en la web de la Autoridad, <http://apdcat.gencat.cat/es/>.

Por otra parte, aunque no es exigible, sería conveniente informar a las personas afectadas (las personas atendidas, hasta ahora, por la entidad A) sobre la formalización de este contrato o acuerdo de encargo con la entidad B.

IV

Ahora bien, como se ha dicho, no está claro, en atención a la información de que se dispone, que la entidad A tenga, en relación con el tratamiento de la información personal vinculada a la prestación de estos servicios sanitarios de salud mental y adicciones, la consideración de encargado del tratamiento (artículo 3.g de la LOPD).

Aparte de, como se ha visto, desconocer la existencia o no de un contrato o acuerdo de encargo entre el CatSalut y la entidad A en los términos establecidos en el artículo 12.2 de la LOPD, hay que tener presente que, según manifestaciones de la entidad B, los datos personales que serían objeto de transmisión (los datos de los pacientes) se encuentran incluidos en los ficheros de historia clínica electrónica de los que dispone la entidad A.

Ciertamente se ha podido comprobar que la entidad A tiene declarados, bajo su responsabilidad, en el Registro de Protección de Datos de Cataluña varios ficheros de datos personales de historia clínica, que corresponden a cada uno de sus centros de salud mental y atención a las drogodependencias.

Tratándose, por tanto, de datos personales de los que sería responsable la entidad A (artículo 3.d de la LOPD), su comunicación a la entidad B debería considerarse *a priori* como una cesión de datos (artículo 3.i de la LOPD), que debería someterse al régimen de comunicación de datos del artículo 11 de la LOPD.

Este artículo establece, en su apartado 1, que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el

previo consentimiento del interesado”. Ahora bien, el mismo artículo dispone, en su apartado 2, que dicho consentimiento no será necesario cuando, entre otras excepciones, la cesión esté autorizada por una ley o norma con rango de ley (letra a).

En este punto, reviste especial importancia hacer referencia al motivo por el cual los datos personales de los que es responsable la entidad A serían comunicados a la entidad B.

Según se desprende del acuerdo del Pleno, ya citado, por motivos de eficiencia la entidad B asumirá todos los servicios de salud mental y adicciones que hasta ahora gestiona la entidad A en la ciudad de [...], “subrogándose en todas aquellas relaciones de carácter contractual, concesionario y/o los derechos y obligaciones afectados en dichos servicios” (acuerdo quinto).

La legislación de régimen local atribuye a los entes locales territoriales, en el ámbito de sus competencias, la potestad de autoorganización (artículo 4.1.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local [en adelante, LRBRL] y artículo 8.1.a del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril [en adelante, TRLMRLC]).

En este sentido, el artículo 246 del TRLMRLC establece que los entes locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación de régimen local y demás disposiciones aplicables.

Por su parte, el artículo 249 del TRLMRLC concreta que la facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos corresponde a la potestad de autoorganización de los entes locales (apartado 1) y, añade, que los servicios públicos de competencia local se gestionarán de la manera más sostenible y eficiente, directa o indirectamente (apartado 2).

El Ayuntamiento en ejercicio de las facultades de autoorganización y gestión de servicios públicos que le atribuye la legislación de régimen local habría decidido acordar una modificación en la forma de gestión de los servicios sanitarios de salud mental y adicciones en el municipio, de tal manera que la entidad B se subrogaría en la posición de la entidad A.

Teniendo en cuenta que la comunicación de datos pretendida sería en realidad consecuencia inevitable de esta subrogación —de lo contrario no podría garantizarse la continuidad de los servicios—, desde el punto de vista de la protección de datos, podría decirse que no nos encontraríamos propiamente ante una cesión de datos, sino ante una sucesión en la titularidad de los ficheros, esto es, una modificación de su responsable (artículo 3.d de la LOPD). En consecuencia, se entiende que no habría inconvenientes para efectuar el traspaso de la información personal a la entidad B.

De hecho, esta es una situación ya contemplada en la propia legislación de protección de datos personales. Así, el artículo 19 del RLOPD establece que “en los supuestos en que se produzca una modificación del responsable del fichero como consecuencia de una operación de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad empresarial, o cualquier operación de reestructuración societaria de análoga naturaleza, contemplada por la normativa mercantil, no se producirá cesión de datos, sin perjuicio del cumplimiento por el responsable de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

Hay que señalar, en este punto, que actualmente se está elaborando una nueva ley orgánica de protección de datos personales que sustituirá a la actual LOPD, para adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD y complementar sus disposiciones (texto publicado en el BOCG, serie A, núm. 13-1, de 24.11.2017), cuyo artículo 21 establece que:

“1. Salvo prueba en contrario, se presumirán lícitos los tratamientos de datos, incluida su comunicación con carácter previo, que pudieran derivarse del desarrollo de cualquier operación de modificación estructural de sociedades o la aportación o transmisión de negocio o de rama de actividad empresarial, siempre que los tratamientos fueran necesarios para el buen fin de la operación y garanticen, cuando proceda, la continuidad en la prestación de los servicios.

2. En el caso de que la operación no llegara a concluirse, la entidad cesionaria deberá proceder con carácter inmediato a la supresión de los datos, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en esta ley orgánica”.

Siendo esta la situación examinada, sería necesario, una vez la subrogación resulte efectiva (publicado en el BOP el acuerdo del Pleno en el que se apruebe definitivamente la modificación de la forma de gestión de los servicios sanitarios), notificar al Registro de Protección de Datos de Cataluña la modificación de los ficheros de historia clínica electrónica en cuanto a su apartado relativo al responsable, mediante el formulario correspondiente (disponible en la sede electrónica de la Autoridad, <https://seu.apd.cat/es>).

En el caso de que, por motivos organizativos, el nuevo responsable (la entidad B) considerara pertinente integrar los datos de dichos ficheros en el fichero de pacientes del que dispone, sería necesario eliminar los archivos de historia clínica electrónica, indicando el destino de los datos (en este caso, el fichero de pacientes), y, si procede, adecuar el fichero de destino. Estas supresiones y, si procede, modificación deberían notificarse al Registro de Protección de Datos de Cataluña.

Dicho esto, hay que tener presente que el RGPD suprime, a partir del 25 de mayo de 2018, la necesidad de crear, modificar o suprimir formalmente los ficheros y de notificarlos al registro de protección de datos de las autoridades de control. Hasta esa fecha, por lo tanto, se mantiene la obligación del responsable de notificar al Registro de Protección de Datos de Cataluña las modificaciones o supresiones de ficheros (así como las creaciones).

Por otra parte, habría que informar a las personas de las que se obtengan los datos personales como consecuencia de la subrogación del cambio en la entidad responsable de su tratamiento, tal como se desprende del artículo 19 del RLOPD, antes citado.

Esto, a menos que se considerara de aplicación alguna de las excepciones a la obligación de informar a los interesados a que se refiere la LOPD (artículo 5.5) o el RGPD (artículo 14.5), las cuales no parece que concurren en el supuesto ahora examinado.

Todo ello, con independencia del cumplimiento por parte de la entidad B de los demás principios y obligaciones a que se refiere la legislación de protección de datos, así como de la necesidad de formalizar el correspondiente encargo del tratamiento con el CatSalut, en los términos del artículo 28.3 del RGPD, si la prestación de los servicios sanitarios mencionados comporta el acceso de la entidad B a datos personales de los que es responsable el CatSalut. Sobre esta última cuestión nos remitimos al apartado anterior de este dictamen.

De acuerdo con las consideraciones hechas hasta ahora en relación con la consulta planteada, se hacen las siguientes

Conclusiones

Por la información de la que se dispone, la comunicación de datos de los ficheros de historia clínica de la entidad A a la entidad B sería consecuencia de una modificación en la forma de

gestión de los servicios de salud mental y adicciones, para la cual la entidad B se subrogaría en la posición de la entidad A. En consecuencia, y hasta que no resulte plenamente aplicable el RGPD (25 de mayo de 2018), debería notificarse al Registro de Protección de Datos de Cataluña la modificación del responsable de estos ficheros.

Asimismo, habría que informar a las personas de las que se obtengan los datos como consecuencia de esta subrogación del cambio en la entidad responsable de su tratamiento, salvo que resultase de aplicación alguna de las excepciones previstas en la legislación de protección de datos (artículos 5.5 de la LOPD y 14.5 del RGPD), las cuales no parecen concurrir en el presente caso.

Si la gestión de estos servicios comportara el tratamiento de datos personales del que es responsable el CatSalut, debería formalizarse un acuerdo o encargo del tratamiento entre la entidad B y el CatSalut en los términos establecidos en el artículo 28.3 del RGPD.

Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento del resto de los principios y obligaciones establecidos en la legislación de protección de datos.

Barcelona, 26 de marzo de 2018