

Dictamen en relació amb la consulta formulada per un ajuntament sobre el retorn i la destrucció de dades personals un cop finalitzada la prestació d'un servei municipal

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'un ajuntament en el qual es demana que l'Autoritat emeti un dictamen sobre el retorn i la destrucció de les dades personals vinculades a la prestació, sota la modalitat de concessió, del servei de primer cicle d'educació infantil a la llar d'infants municipal, un cop finalitzada la prestació d'aquest servei.

En concret, es planteja:

- a) Com enumerar i sol·licitar el retorn i destrucció de dades a l'encarregat del tractament, i quins documents acreditatius ha de presentar l'encarregat del tractament de dades pel retorn i la destrucció de tots els documents, suports físics i electrònics que ha generat durant la prestació del servei.
- b) Quin document i com ha d'acreditar l'encarregat que les còpies que conserva mentre es puguin derivar responsabilitats de l'encàrrec de la prestació estan degudament bloquejades.

La consulta s'acompanya de les clàusules contractuals on s'habilita l'entitat concessionària del servei públic esmentat, encarregada del tractament, per tractar per compte de l'ajuntament, responsable del tractament, les dades personals necessàries per a la seva prestació.

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

I

(...)

II

L'Ajuntament manifesta en la seva consulta que, amb data 13 de març de 2015, va signar amb una fundació un contracte administratiu de gestió per prestar, sota la modalitat de concessió, el servei del primer cicle d'educació infantil a la llar d'infants municipal, per 3 cursos escolars amb possibilitat de 2 pròrrogues fins al curs 2019-2020.

També que, arran l'aprovació de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD), en data 17 d'octubre de 2019, l'Ajuntament i l'entitat concessionària del servei públic esmentat van signar unes noves clàusules contractuals, on s'habilita l'entitat, encarregada del tractament, per tractar per compte de l'Ajuntament, responsable del tractament, les dades personals necessàries per a la prestació del servei.

La disposició transitòria cinquena de l'LOPDGDD disposa que:

"Los contratos de encargo del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13

de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal mantendrán su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022.

Durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 y en el Capítulo II del Título V de esta ley orgánica.”

Atès que el contracte d'encàrrec formalitzat entre l'Ajuntament i la fundació s'ha adaptat per respectar el que estableix l'article 28 de Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (RGPD), així com l'LOPDGDD, cal tenir present que aquest en serà el règim aplicable.

III

Tal com es desprèn de l'article 28.3 de l'RGPD, la regulació de la relació entre el responsable i l'encarregat del tractament s'ha d'establir a través d'un contracte o d'un acte jurídic similar que els vinculi.

Aquest contracte o acte jurídic ha de concretar l'objecte, la durada, la naturalesa i la finalitat del tractament, el tipus de dades personals i les categories d'interessats, així com les obligacions i els drets del responsable. També ha d'estipular que l'encarregat:

“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.”

D'acord amb aquest precepte de l'RGPD, quan un responsable decideix establir un encàrrec del tractament, com hauria tingut lloc en el present cas, una de les qüestions que cal determinar en el contracte és el destí de les dades al finalitzar l'encàrrec en qüestió (article 28.3.g) RGPD).

Sobre aquesta qüestió, l'article 33 de l'LOPDGDD estableix que:

*“3. El responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos personales deben ser **destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado.***

No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación, en cuyo caso deberán ser devueltos al responsable, que garantizará su conservación mientras tal obligación persista.”

És a dir, quan un responsable fa un encàrrec del tractament, s'ha de preveure en el contracte corresponent si, una vegada finalitzada la prestació del servei, l'encarregat ha de procedir a la supressió o a la devolució de les dades personals i de qualsevol còpia existent, ja sigui al responsable o a un altre encarregat designat pel responsable.

No procedirà però la destrucció de les dades quan hi hagi una previsió legal que obligui a la seva conservació, supòsit en què caldrà retornar les dades al responsable, que n'ha de garantir la conservació mentre persisteixi aquesta obligació.

Assenyalar, en aquest punt, que l'acord o contracte d'encàrrec del tractament ha d'establir de forma clara quina de les possibles opcions ha triat el responsable com a destí de les dades, així com la forma i el termini en què s'ha de complir.

IV

Examinat, en els termes abans exposats, el contracte d'encàrrec del tractament formalitzat entre l'Ajuntament i l'entitat concessionària del servei públic, cal fer notar que la clàusula relativa al destí de les dades un cop finalitzada la prestació del servei preveu tant el retorn de les dades al responsable com la seva destrucció per part de l'encarregat:

“j) Destí de les dades:

Retornar al responsable del tractament les dades de caràcter personal i, si escau, els suports on constin, una vegada complerta la prestació.

La devolució ha de comportar la destrucció de les còpies i l'esborrat total de les dades existents en els equips informàtics utilitzats per l'encarregat.

No obstant això, l'encarregat pot conservar-ne una còpia, amb les dades degudament bloquejades, mentre es puguin derivar responsabilitats de l'execució de la prestació.

***Destruir les dades, una vegada complerta la prestació.** Una vegada destruïdes, l'encarregat n'ha de certificar la destrucció per escrit i ha de lliurar el certificat al responsable del tractament.*

No obstant això, l'encarregat pot conservar-ne una còpia, amb les dades degudament bloquejades, mentre es puguin derivar responsabilitats de l'execució de la prestació.”

Ambdues previsions, que resulten contradictòries, poden generar certs dubtes sobre quina és l'actuació concreta que en aquest cas l'encarregat ha de dur a terme amb les dites dades un cop finalitzada la prestació del servei adjudicat. És a dir, no és clar si l'encarregat hauria de retornar les dades a l'Ajuntament o bé hauria de procedir a la seva destrucció.

Malgrat això, en atenció a la normativa aplicable, pot dir-se que, en el present cas, en virtut del principi de continuïtat dels serveis públics, pot ser necessari retornar les dades vinculades a la prestació del servei a l'Ajuntament, responsable del tractament.

Com s'ha vist, la destrucció de les dades no és pertinent quan hi ha una previsió legal que obligui a la seva conservació (article 33.3 LOPDGDD, segon paràgraf).

Per la informació de què es disposa (clàusula segona del contracte), les dades vinculades a la prestació del servei de primer cycle d'educació infantil a la llar d'infants municipal fan referència en aquest cas als alumnes del centre i als seus pares o tutors legals.

Es tracta de dades identificatives (nom adreça, fotografia, DNI), dades de característiques personals (data i lloc de naixement, nacionalitat, sexe), dades economicofinanceres (dades bancàries) i categories especials de dades (dades de salut i dades relatives a necessitats educatives especials). És a dir, dades que solen conformar els expedients dels alumnes, en aquest cas, del centre municipal.

En aquest punt, cal fer referència a les previsions de la Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i documents.

Aquesta Llei estén el seu àmbit d'aplicació a *“tots els documents de titularitat pública de Catalunya, els documents privats que integren o poden integrar el patrimoni documental català, els arxius situats en l'àmbit territorial de Catalunya i els òrgans administratius que els donen suport”* (article 3).

D'acord amb l'article 6.1 de la Llei 10/2001, són documents públics (en els termes de l'article 2.a)) els que produeixen o reben en l'exercici de les seves funcions, entre d'altres, les institucions privades concessionàries de serveis públics, en allò que fa referència a aquestes concessions (lletra g).

Segons l'article 9 de la Llei 10/2001, *“un cop concloses les fases activa i semiactiva, s'ha d'aplicar a tots els documents públics la normativa d'avaluació, sobre la base de la qual se'n determina la conservació, per raó del valor cultural, informatiu o jurídic, o bé l'eliminació. Cap document públic no pot ésser eliminat si no se segueixen la normativa i el procediment establerts per via reglamentària.”*

Pertoca en tot cas al responsable del tractament, l'Ajuntament, determinar quina és la informació que cal conservar i per tant la informació que l'encarregat del tractament ha de lliurar a l'Ajuntament per garantir la continuïtat del servei.

Pel que fa als expedients personals d'alumnes de les llars d'infants municipals, com sembla ser el cas que ens ocupa, caldrà tenir en compte, en aquest sentit, allò establert a la taula d'avaluació documental 708, aprovada per l'Ordre CLT/152/2014, de 30 d'abril (DOGC 6627). Aquesta TAD estableix, en relació amb la dita informació, el termini de conservació d'un any des de la finalització de l'expedient, moment en què s'ha de procedir a la seva destrucció total.

Existint, per tant, l'obligació legal de conservar aquest tipus d'informació, en aquest cas el que correspondria, segons les previsions normatives citades, és que l'encarregat retornés les dades i, si escau, els suports en què constin a l'Ajuntament una vegada complerta la prestació del

servei de primer cicle d'educació infantil a la llar d'infants municipal. Correspondria, per la seva part, a l'Ajuntament garantir-ne la conservació durant el termini esmentat.

V

Pel que fa a la manera d'articular el retorn de les dades a l'Ajuntament, qüestió a la qual es refereix la consulta, cal dir que la normativa de protecció de dades no estableix cap previsió específica al respecte.

Correspon, per tant, al responsable determinar en el contracte d'encàrrec la forma i el termini en què l'encarregat ha de complir amb aquesta previsió.

Es recomana que, abans de l'acte formal de recepció o conformitat amb la realització de l'objecte del contracte, es comuniqui a l'encarregat del tractament l'obligació de retornar les dades personals vinculades a la prestació del servei en qüestió, en atenció a allò establert al corresponent contracte d'encàrrec del tractament i de conformitat amb la normativa aplicable, a què s'ha fet referència.

També seria bo indicar a l'encarregat del tractament que la dita devolució ha d'abastar tant les dades que inicialment l'Ajuntament li va comunicar com aquelles que hagi pogut elaborar a partir d'aquestes dades o les que posteriorment hagi recollit per compte de l'Ajuntament. És a dir, tota aquella informació personal que pugui constar en els expedients personals dels alumnes de la llars d'infants municipal o vinculada al funcionament del servei.

Recordar, en aquest punt, que la devolució o retorn de les dades s'haurà d'efectuar adoptant les mesures escaients per garantir-ne una seguretat adequada, particularment, als efectes d'evitar, durant el seu trasllat o traspàs a l'Ajuntament, accessos no autoritzats o il·lícits, així com la seva pèrdua, destrucció o dany accidental (article 5.1.f) RGPD).

Unes mesures de seguretat que haurien d'adequar-se en tot cas als criteris establerts a l'Esquema Nacional de Seguretat (ENS), aprovat pel Reial Decret 3/2010, de 8 de gener.

Així es desprèn de la disposició addicional primera de l'LOPDGDD:

“1. El Esquema Nacional de Seguridad incluirá las medidas que deban implantarse en caso de tratamiento de datos de carácter personal, para evitar su pérdida, alteración o acceso no autorizado, adaptando los criterios de determinación del riesgo en el tratamiento de los datos a lo establecido en el artículo 32 del Reglamento (UE) 2016/679.

2. Los responsables enumerados en el artículo 77.1 de esta ley orgánica deberán aplicar a los tratamientos de datos personales las medidas de seguridad que correspondan de las previstas en el Esquema Nacional de Seguridad, así como impulsar un grado de implementación de medidas equivalentes en las empresas o fundaciones vinculadas a los mismos sujetas al Derecho privado.

En los casos en los que un tercero preste un servicio en régimen de concesión, encomienda de gestión o contrato, las medidas de seguridad se corresponderán con las de la Administración pública de origen y se ajustarán al Esquema Nacional de Seguridad.”

A efectes d'acreditar el retorn de la dita informació, podria valorar-se, en el moment en què es produeixi la devolució efectiva de les dades i, si escau, dels suports en què constin, la signatura per part de l'encarregat d'un document en què declari o faci constar l'entrega de la totalitat de la informació personal de què disposa com a conseqüència de la prestació del servei per compte de l'Ajuntament, així com que s'ha procedit a la destrucció de les còpies i a l'esborrat

total de les dades existents en els seus equips informàtics. Això, sens perjudici del que s'exposa tot seguit.

VI

Cal fer avinent que l'entitat concessionària del servei públic, encarregada del tractament, pot conservar una còpia de les dades vinculades a la prestació d'aquest servei, degudament bloquejades, per tal d'atendre les possibles responsabilitats derivades del tractament, mentre aquestes responsabilitats no hagin prescrit.

Així es desprèn de l'article 33.4 de l'LOPDGDD:

*“4. El encargado del tratamiento **podrá conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades** de su relación con el responsable del tratamiento.”*

D'acord amb l'article 32.2 de l'LOPDGDD el bloqueig consisteix en *“la **identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas.**”*

L'apartat 4 d'aquest article 32 de l'LOPDGDD especifica que *“cuando para el cumplimiento de esta obligación, la configuración del sistema de información no permita el bloqueo o se requiera una adaptación que implique un esfuerzo desproporcionado, se procederá a un copiado seguro de la información de modo que conste evidencia digital, o de otra naturaleza, que permita acreditar la autenticidad de la misma, la fecha del bloqueo y la no manipulación de los datos durante el mismo.”*

Un cop bloquejades les dades no es podran tractar per a cap finalitat, tret per a la posada a disposició de les dades als jutges i tribunals, al Ministeri Fiscal o a les administracions públiques competents, en particular de les autoritats de protecció de dades, per a l'exigència de possibles responsabilitats derivades del tractament (article 32.3 LOPDGDD).

Acomplert el termini de bloqueig de les dades, el qual pot variar en funció de la informació tractada i de les responsabilitats que es poden generar per a l'encarregat del tractament, s'haurà de procedir a l'eliminació efectiva de les dades (article 32.2 LOPDGDD).

Pel que fa a la manera en què l'encarregat ha d'acreditar que conserva degudament bloquejades les dades, qüestió a què es refereix expressament la consulta, cal dir que la normativa de protecció de dades no estableix cap previsió en aquest sentit, tan sols que l'encarregat del tractament ha d'oferir garanties suficients pel que fa a coneixements especialitzats, fiabilitat i recursos, amb vista a l'aplicació de mesures tècniques i organitzatives que compleixin els requisits de l'RGPD, inclosa la seguretat del tractament (considerant 81 RGPD) i que, per demostrar-ho, l'adhesió a codis de conducta (article 40 RGPD) o la possessió d'un certificat de protecció de dades (article 42 RGPD) serveixen com a mecanismes de prova (article 28.5 RGPD).

En tot cas, la documentació que l'encarregat hagi generat per implementar les mesures de seguretat establertes en el contracte d'encàrrec, destinades a complir les obligacions de la legislació de protecció de dades (com seria el cas del bloqueig de les dades quan aquest és procedent), així com les evidències del correcte funcionament d'aquestes mesures, les quals com s'ha dit han d'adequar-se a l'ENS, podria ésser emprada a tal efecte.

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

Conclusions

Un cop finalitzada la prestació del servei de primer cicle d'educació infantil a la llar d'infants municipal, l'entitat encarregada del tractament ha de retornar tota la informació personal vinculada a la prestació d'aquest servei a l'Ajuntament, atès el principi de continuïtat dels serveis públics i l'existència de previsions legals que obliguen a la seva conservació.

El contracte d'encàrrec ha d'establir la forma i el termini en què l'encarregat ha de retornar les dades al responsable. A efectes d'acreditar el retorn, pot establir-se un document per mitjà del qual l'encarregat faci constar l'entrega de les dades a l'Ajuntament, així com, si escau, que ha procedit a la destrucció de les còpies i a l'esborrat total de les dades existents en els seus equips informàtics, sens perjudici de la possibilitat de conservar-ne una còpia bloquejada.

L'encarregat pot emprar qualsevol mitjà al seu abast per acreditar el bloqueig de les dades que conservi. Entre d'altres pot emprar la documentació generada per implementar les mesures de seguretat relacionades amb el bloqueig de les dades i les evidències del seu correcte funcionament.

Barcelona, 24 d'agost de 2020