

**Dictamen en relación con la consulta formulada por un ayuntamiento sobre el retorno y destrucción de datos personales una vez finalizada la prestación de un servicio municipal**

**Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito de un ayuntamiento en el que se pide que la Autoridad emita un dictamen sobre el retorno y la destrucción de los datos personales vinculados a la prestación, bajo la modalidad de concesión, del servicio de primer ciclo de educación infantil en la guardería municipal, una vez finalizada la prestación de este servicio.**

**En concreto, se plantea:**

- a) Cómo enumerar y solicitar el retorno y destrucción de datos al encargado del tratamiento, y qué documentos acreditativos debe presentar el encargado del tratamiento de datos para el retorno y la destrucción de todos los documentos, soportes físicos y electrónicos que ha generado durante la prestación del servicio.**
- b) Qué documento y cómo debe acreditar el encargado de que las copias que conserva mientras se puedan derivar responsabilidades del encargo de la prestación están debidamente bloqueadas.**

**La consulta se acompaña de las cláusulas contractuales donde se habilita a la entidad concesionaria del citado servicio público, encargada del tratamiento, para tratar por cuenta del ayuntamiento, responsable del tratamiento, los datos personales necesarios para su prestación.**

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

(...)

II

**El Ayuntamiento manifiesta en su consulta que, con fecha 13 de marzo de 2015, firmó con una fundación un contrato administrativo de gestión para prestar, bajo la modalidad de concesión, el servicio del primer ciclo de educación infantil en el hogar de niños municipal, por 3 cursos escolares con posibilidad de 2 prórrogas hasta el curso 2019-2020.**

**También que, a raíz de la aprobación de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en fecha 17 de octubre de 2019, el Ayuntamiento y la entidad concesionaria del citado servicio público firmaron unas nuevas cláusulas contractuales, donde se habilita a la entidad, encargada del tratamiento, para tratar por cuenta del Ayuntamiento, responsable del tratamiento, los datos personales necesarios para la prestación del servicio.**

**La disposición transitoria quinta de la LOPDDDD dispone que:**

**Los contratos de encargado 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.”

Dado que el contrato de encargo formalizado entre el Ayuntamiento y la fundación se ha adaptado para respetar lo que establece el artículo 28 de Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), así como el LOPDGD, hay que tener presente que éste será el régimen aplicable.

### III

Tal y como se desprende del artículo 28.3 del RGPD, la regulación de la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento debe establecerse a través de un contrato o de un acto jurídico similar que los vincule .

Este contrato o acto jurídico debe concretar el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y las categorías de interesados, así como las obligaciones y los derechos del responsable. También debe estipular que el encargado:

“a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o a 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 en cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que éste 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.”**

**De acuerdo con este precepto del RGPD, cuando un responsable decide establecer un encargo del tratamiento, como habría tenido lugar en el presente caso, una de las cuestiones a determinar en el contrato es el destino de los datos al finalizar el encargo en cuestión (artículo 28.3.g) RGPD).**

**Al respecto, el artículo 33 de la LOPDDDD establece 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.”**

**Es decir, cuando un responsable hace un encargo del tratamiento, debe preverse en el contrato correspondiente si, una vez finalizada la prestación del servicio, el encargado debe proceder a la supresión o a la devolución de los datos personales y de cualquier copia existente, ya sea al responsable o a otro encargado designado por el responsable.**

**No procederá sin embargo la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación, supuesto en el que habrá que devolver los datos al responsable, que debe garantizar su conservación mientras persista esta obligación.**

**Señalar, en este punto, que el acuerdo o contrato de encargo del tratamiento debe establecer de forma clara cuál de las posibles opciones ha elegido al responsable como destino de los datos, así como la forma y el plazo en que se debe cumplir.**

#### **IV**

**Examinado, en los términos antes expuestos, el contrato de encargo del tratamiento formalizado entre el Ayuntamiento y la entidad concesionaria del servicio público, cabe destacar que la cláusula relativa al destino de los datos una vez finalizada la prestación del servicio prevé tanto el retorno de los datos al responsable como su destrucción por parte del encargado:**

**“j) Destino de los datos:**

**Devolver al responsable del tratamiento los datos de carácter personal y, en su caso, los soportes donde consten, una vez cumplida la prestación.**

**La devolución comportará la destrucción de las copias y el total borrado de los datos existentes en los equipos informáticos utilizados por el encargado.**

**No obstante, el Encargado podrá conservar copia de los mismos, con los datos debidamente bloqueados, mientras pudieran derivarse responsabilidades de la ejecución de la prestación.**

**Destruir los datos, una vez cumplida la prestación. Una vez destruidas, el encargado certificará su destrucción por escrito y entregará el certificado al responsable del tratamiento.**

**No obstante, el Encargado puede conservar una copia, con los datos debidamente bloqueados, mientras se puedan derivar responsabilidades de la ejecución de la prestación.”**

Ambas previsiones, que resultan contradictorias, pueden generar ciertas dudas sobre cuál es la actuación concreta que en este caso el encargado debe llevar a cabo con dichos datos una vez finalizada la prestación del servicio adjudicado. Es decir, no está claro si el encargado debería devolver los datos al Ayuntamiento o bien debería proceder a su destrucción.

Sin embargo, en atención a la normativa aplicable, puede decirse que, en el presente caso, en virtud del principio de continuidad de los servicios públicos, puede ser necesario devolver los datos vinculados a la prestación del servicio al Ayuntamiento, responsable del tratamiento.

Como se ha visto, la destrucción de los datos no es pertinente cuando existe una previsión legal que obligue a su conservación (artículo 33.3 LOPDGDD, segundo párrafo).

Por la información de que se dispone (cláusula segunda del contrato), los datos vinculados a la prestación del servicio de primer ciclo de educación infantil en la guardería municipal hacen referencia en este caso a los alumnos del centro ya sus padres o tutores legales.

Se trata de datos identificativos (nombre dirección, fotografía, DNI), datos de características personales (fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, sexo), datos económico-financieros (datos bancarios) y categorías especiales de datos (datos de salud y datos relativos a necesidades) educativas especiales). Es decir, datos que suelen conformar los expedientes de los alumnos en este caso del centro municipal.

En este punto, es necesario hacer referencia a las previsiones de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos.

Esta Ley extiende su ámbito de aplicación a “todos los documentos de titularidad pública de Cataluña, los documentos privados que integran o pueden integrar el patrimonio documental catalán, los archivos situados en el ámbito territorial de Cataluña y los órganos administrativos que les dan soporte” (artículo 3).

De acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley 10/2001, son documentos públicos (en los términos del artículo 2.a) los que producen o reciben en el ejercicio de sus funciones, entre otros, las instituciones privadas concesionarias de servicios públicos, en lo que se refiere a estas concesiones (letra g).

Según el artículo 9 de la Ley 10/2001, “una vez concluidas las fases activa y semiactiva, debe aplicarse a todos los documentos públicos la normativa de evaluación, sobre cuya base se determina la conservación, en razón del valor cultural, informativo o jurídico, o bien la eliminación. Ningún documento público puede ser eliminado si no se siguen la normativa y el procedimiento establecidos por vía reglamentaria.”

Corresponde en todo caso al responsable del tratamiento, el Ayuntamiento, determinar cuál es la información a conservar y por tanto la información que el encargado del tratamiento debe entregar al Ayuntamiento para garantizar la continuidad del servicio.

En cuanto a los expedientes personales de alumnos de las guarderías municipales, como parece ser el caso que nos ocupa, habrá que tener en cuenta, en este sentido, lo establecido en la tabla de evaluación documental 708, aprobada por el Orden CLT/152/2014, de 30 de abril (DOGC 6627). Esta TAD establece, en relación con dicha información, el plazo de conservación de un año desde la finalización del expediente, momento en el que debe procederse a su destrucción total.

Existiendo, por tanto, la obligación legal de conservar este tipo de información, en este caso lo que correspondería, según las previsiones normativas citadas, es que el encargado devolviera los datos y, en su caso, los soportes en los que consten en el Ayuntamiento una vez cumplida la prestación del

**servicio de primer ciclo de educación infantil en la guardería municipal. Correspondería, por su parte, al Ayuntamiento garantizar su conservación durante el citado plazo.**

## **V**

**En cuanto a la forma de articular el retorno de los datos al Ayuntamiento, cuestión a la que se refiere la consulta, cabe decir que la normativa de protección de datos no establece ninguna previsión específica al respecto.**

**Corresponde, por tanto, al responsable determinar en el contrato de encargo la forma y el plazo en que el encargado debe cumplir con esta previsión.**

**Se recomienda que, antes del acto formal de recepción o conformidad con la realización del objeto del contrato, se comunique al encargado del tratamiento la obligación de devolver los datos personales vinculados a la prestación del servicio en cuestión, atención a lo establecido en el correspondiente contrato de encargo del tratamiento y de conformidad con la normativa aplicable, a la que se ha hecho referencia.**

**También sería bueno indicar al encargado del tratamiento que dicha devolución debe abarcar tanto los datos que inicialmente el Ayuntamiento le comunicó como aquellos que haya podido elaborar a partir de estos datos o los que posteriormente haya recogido por cuenta de el Ayuntamiento. Es decir, toda aquella información personal que pueda constar en los expedientes personales de los alumnos de la guardería municipal o vinculada al funcionamiento del servicio.**

**Recordar, en este punto, que la devolución o retorno de los datos deberá efectuarse adoptando las medidas adecuadas para garantizar una adecuada seguridad, particularmente, a los efectos de evitar, durante su traslado o traspaso al Ayuntamiento, accesos no autorizados o ilícitos, así como su pérdida, destrucción o daño accidental (artículo 5.1.f) RGPD).**

**Unas medidas de seguridad que deberían adecuarse en todo caso a los criterios establecidos en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS), aprobado por Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.**

**Así se desprende de la disposición adicional primera de la LOPDDDD:**

**“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 sujetos 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 efectos de acreditar el retorno de dicha información, podría valorarse, en el momento en que se produzca la devolución efectiva de los datos y, en su caso, de los soportes en los que consten, la firma por parte del encargado de un documento en el que declare o haga constar la entrega de la totalidad de la información personal de que dispone como consecuencia de la prestación del servicio por cuenta del Ayuntamiento, así como que se ha procedido a la**

total de los datos existentes en sus equipos informáticos. Esto, sin perjuicio de lo que se expone a continuación.

## VI

Es necesario recalcar que la entidad concesionaria del servicio público, encargada del tratamiento, puede conservar una copia de los datos vinculados a la prestación de este servicio, debidamente bloqueados, para atender las posibles responsabilidades derivadas del tratamiento, mientras estas responsabilidades no hayan prescrito.

Así se desprende del artículo 33.4 del LOPDGDD:

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

De acuerdo con el artículo 32.2 del LOPDGDD el bloqueo consiste en “la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, salvo para la puesta a disposición de las datos en 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 sólo por el plazo de prescripción de las mismas.”

El apartado 4 de este artículo 32 del 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.”

Una vez bloqueados los datos no se podrán tratar para ninguna finalidad, salvo para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, al Ministerio Fiscal o a las administraciones públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento (artículo 32.3 LOPDGDD).

Cumplido el plazo de bloqueo de los datos, que puede variar en función de la información tratada y de las responsabilidades que se pueden generar para el encargado del tratamiento, deberá procederse a la eliminación efectiva de los datos (artículo 32.2 LOPDGDD).

En cuanto a la forma en que el encargado debe acreditar que conserva debidamente bloqueados los datos, cuestión a la que se refiere expresamente la consulta, cabe decir que la normativa de protección de datos no establece ninguna previsión en este sentido, tan sólo que el encargado del tratamiento debe ofrecer garantías suficientes en cuanto a conocimientos especializados, fiabilidad y recursos, en orden a la aplicación de medidas técnicas y organizativas que cumplan los requisitos del RGPD, incluida la seguridad del tratamiento (considerante 81 RGPD) y que, para demostrarlo, la adhesión a códigos de conducta (artículo 40 RGPD) o la posesión de un certificado de protección de datos (artículo 42 RGPD) sirven como mecanismos de prueba (artículo 28.5 RGPD) .

En cualquier caso, la documentación que el encargado haya generado para implementar las medidas de seguridad establecidas en el contrato de encargo, destinadas a cumplir las obligaciones de la legislación de protección de datos (como sería el caso del bloqueo de los datos cuando éste procedente), así como las evidencias del correcto funcionamiento de estas medidas, que como se ha dicho deben adecuarse al ENS, podría ser empleada a tal efecto.

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

### Conclusiones

Una vez finalizada la prestación del servicio de primer ciclo de educación infantil en la guardería municipal, la entidad encargada del tratamiento debe devolver toda la información personal vinculada a la prestación de este servicio en el Ayuntamiento, dado el principio de continuidad de los servicios públicos y la existencia de previsiones legales que obligan a su conservación.

El contrato de encargo debe establecer la forma y el plazo en que el encargado debe devolver los datos al responsable. A efectos de acreditar el retorno, puede establecerse un documento mediante el cual el encargado haga constar la entrega de los datos al Ayuntamiento, así como, en su caso, que ha procedido a la destrucción de las copias y el borrado total de los datos existentes en sus equipos informáticos, sin perjuicio de la posibilidad de conservar una copia bloqueada.

El encargado puede utilizar cualquier medio a su alcance para acreditar el bloqueo de los datos que conserve. Entre otras, puede utilizar la documentación generada para implementar las medidas de seguridad relacionadas con el bloqueo de los datos y las evidencias de su correcto funcionamiento.

Barcelona, 24 de agosto de 2020

Traducción Automática