

Dictamen en relació amb la consulta sobre el tractament de dades personals i instruments jurídics per als ingressos de fons documentals i documents en els arxius de la Xarxa d'Arxius Comarcals

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta en què es demana un dictamen en relació amb el tractament de dades personals i els instruments jurídics per als ingressos de fons documentals i documents en els arxius de la Xarxa d'Arxius Comarcals (en endavant, XAC).

La consulta explica que els 38 arxius de la XAC, i també l'ANC (Arxiu Nacional de Catalunya), ingressen regularment, mitjançant contractes de comodat, donació o compravenda, fons documentals, per garantir la seva conservació i posar-los al servei de l'interès general. S'afegeix que molts d'aquests fons contenen dades de persones físiques vives o de les que es desconeix la data de la mort.

Segons la consulta, cal tenir en compte la "nombrosa i variada casuística" en aquest tipus de donacions i el criteri dispar que, segons la consulta, tenen els cedents dels fons sobre si el Departament de Cultura ha d'actuar com a responsable o com a encarregat del tractament.

La consulta planteja també dubtes respecte la necessitat, si escau, de disposar del consentiment de les persones afectades, les dades de les quals es tracten en els fons documentals.

Per això, la consulta demana diferents aclariments a aquesta Autoritat en relació amb la gestió d'aquests fons per part del Departament, als efectes de l'aplicació de la normativa de protecció de dades (Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD).

Analitzada la consulta, que s'acompanya de diferents models de convenis i de contractes que es fan servir per a la cessió de fons documentals tant públics com privats, i vista la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica es dictamina el següent:

I

(...)

II

Segons la consulta, els 38 arxius de la Xarxa d'Arxius Comarcals (XAC) i també l'ANC, de la Generalitat de Catalunya, ingressen regularment, mitjançant contractes de comodat, donació o compravenda, fons documentals i documents amb l'objecte de garantir la seva conservació i posar-los al servei de l'interès general. La consulta explica que molts d'aquests fons i documents contenen dades personals de persones físiques vives o de les quals es desconeix la data de la seva mort.

En síntesi, la consulta exposa que, atès que cal donar compliment a la normativa de protecció de dades (RGPD i LOPDGDD), i atesa la variada casuística que, segons la consulta, es dona en relació amb la gestió de fons documentals, es generen dubtes respecte com caldria gestionar els dits fons, i qui en seria responsable, des de la perspectiva de la protecció de dades. En aquest sentit, la consulta afegeix que s'ha constatat una *“interpretació dispar sobre si el Departament de Cultura ha de ser el responsable o l'encarregat del tractament de les dades”*.

Tenint en compte les consideracions que exposa la consulta, es formulen les següents preguntes:

- “1. En quins casos és necessari el consentiment de les persones les dades de les quals resulten afectades per poder formalitzar l'ingrés a un arxiu (fotografies, documents...) ? El consentiment no és necessari quan es tracta de documentació que integra el patrimoni documental català d'acord amb el que preveu la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català?”*
- 2. Quin és el grau de responsabilitat dels arxius de la XAC i de l'ANC (és a dir del Departament de Cultura), en relació amb els fons que custodien i que contenen dades personals de persones físiques vives? El Departament és el responsable o l'encarregat de tractament d'aquestes dades?*
 - a) La consideració de responsable o encarregat va lligada amb el grau de protecció de la documentació ingressada? És a dir, si es tracta o no de documentació que integra el patrimoni documental català?*
 - b) La consideració de responsable o encarregat pot també anar lligada al fet que l'ingrés es faci a títol de donació/compra (cas en el qual el Departament adquireix la propietat del fons) o a títol de comodat (cas en el qual el Departament és un mer posseïdor, però no propietari).*
 - c) Els dos supòsits anteriors, en cas de ser requisits per ser considerats responsables o encarregats, s'han de complir de manera acumulativa?*
- 3. En cas que es realitzi un annex al contracte de comodat com a encarregat de tractament, quins serien els aspectes mínims en relació amb la protecció de dades que ha de contenir aquest annex? En els cas dels contractes ja signats en què no es fa cap referència a la protecció de dades personals i en què el Departament de Cultura serà l'encarregat de tractament, caldria elaborar un model i instar els ajuntaments a incloure'l com a annex al contracte, o bé es podrien mantenir els pactes vigents relatius a la difusió i accés a la documentació només si es tracta de patrimoni documental i/o es compta amb el consentiment de les persones afectades?*
- 4. En el cas d'ingressos de fons documentals de titularitat pública que continguin dades personals de persones vives físiques, entre administracions públiques, també s'ha de formalitzar jurídicament el tractament d'aquestes dades? I, en el cas, de transferències ordinàries de documentació d'altres departaments, empreses públiques, etcètera, de la mateixa Generalitat de Catalunya també s'ha de regular el tractament de les dades? De quina manera?*
- 5. Com s'ha d'actuar en el cas dels aproximadament 700 contractes subscrits fins a l'actualitat donat que no hi ha mitjans suficients en cas que s'hagin de revisar i*

seleccionar aquells que continguin dades de persones vives i afegir addendes o clàusules específiques? Hi ha la possibilitat de fer algun tipus de resolució única per als contractes ja signats? Cal tenir en compte que, probablement, en el cas de fons privats, serà difícil tornar contactar o trobar els titulars de la documentació.”

La consulta explica que molts dels fons documentals i documents als que es refereix, contenen dades personals de persones físiques vives o de les quals es desconeix la data de la seva mort.

Segons l'article 4.1) del Reglament (UE) 2016/679, de 27 d'abril, general de protecció de dades (RGPD), són dades de caràcter personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.”*

Tota aquella informació referida a persones físiques, identificades o identificables, és informació personal sotmesa als principis i garanties de la normativa de protecció de dades (RGPD i Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD)).

Cal afegir que l'RGPD defineix el tractament de dades com *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”* (article 4.2 RGPD).

Recordem que la normativa de protecció de dades no s'aplica a la protecció de dades personals de persones mortes (considerant 27 RGPD i art. 2.2.b) LOPDGDD). Això, sens perjudici del que preveu l'article 3.1 de l'LOPDGDD, en relació amb la capacitat d'actuació de les persones vinculades a la persona morta.

Seguint el que ha fet avinent aquesta Autoritat en el Dictamen CNS 30/2020, entre d'altres, respecte els documents dels fons que incorporin informació personal referida a persones difuntes, no hi hauria inconvenient o impediment, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades, per procedir a la seva comunicació o incorporació (en base al tipus de contracte que s'hagi formalitzat en cada cas) a favor de la XAC o l'ANC, ja que aquesta normativa no resulta d'aplicació. Això, sens perjudici que aquesta informació personal, més enllà de la mort de la persona a qui es refereix, pugui ser protegida per altra normativa, qüestió que no és objecte d'aquest dictamen.

Tampoc hi hauria inconvenient en la transmissió dels documents que integren els dits fons, en què consti informació referida a persones jurídiques, atès que aquesta informació també queda exclosa de l'àmbit de protecció de la normativa de protecció de dades (considerant 14 RGPD).

Així doncs, als efectes d'aquest dictamen, cal partir de la base que el règim de protecció de dades que confereix la normativa (RGPD i LOPDGDD) resulta només aplicable respecte

d'aquests documents que integren els fons documentals a què es refereix la consulta, que són objecte de donació, préstec o venda a l'ANC o la XAC, en què constin dades personals referides a persones físiques vives.

III

Dit això, segons la consulta, la documentació que ingressen els arxius de la XAC/ANC *“pot ser de titularitat pública o privada i pot formar part o no del patrimoni documental català, d'acord amb la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni documental català”*.

Segons la consulta, els tipus de fons documentals que es poden ingressar en els arxius són molt diversos, en funció de la naturalesa jurídica del productor i titular de la informació (fons de la Generalitat, de l'Administració local o perifèrica de l'Estat, fons notarials, registrals, d'institucions, associacions i fundacions, fons d'empreses, fons religiosos o de persones particulars, entre d'altres).

La consulta afegeix que per a la majoria d'aquests fons, *“la formalització dels ingressos es fa a través de contractes de cessió en comodat i de donacions i compravendes.”*

La consulta afegeix que els arxius de la XAC no tenen personalitat jurídica pròpia, per la qual cosa els compromisos jurídics (respecte d'aquests fons) els assumeix la persona que ocupa la conselleria de Cultura. I afegeix que actualment hi ha uns set-cents contractes de cessió en comodat de fons documentals subscrits entre el Departament de Cultura i titulars públics i privats.

Atès que la consulta es refereix a l'ingrés de fons documentals a la XAC o l'ANC, cal fer referència a la Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i gestió de documents (en endavant, LA), que té per objecte impulsar la gestió i garantir la preservació de la documentació de Catalunya, tant pública com privada, d'acord amb els seus valors, per a posar-la al servei dels interessos generals, així com establir els drets i deures dels qui en són titulars, i també dels ciutadans en relació amb l'esmentada documentació, i regular el Sistema d'Arxius de Catalunya (art. 1 LA).

Segons l'article 2.a) LA, els “documents” són tota expressió en llenguatge oral, escrit, d'imatges o de sons, natural o codificat, recollida en qualsevol mena de suport material, i qualsevol altra expressió gràfica que constitueixi un testimoni de les funcions i les activitats socials de l'home i dels grups humans, amb exclusió de les obres d'investigació o de creació. Així mateix, constitueix un “fons documental”, el conjunt orgànic de documents aplegats en un procés natural que han estat generats o rebuts per una persona física o jurídica, pública o privada, al llarg de la seva existència i en l'exercici de les activitats i les funcions que li són pròpies (art. 2.b) LA).

Segons l'article 3.1 de la LA, formen l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei, “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.”

Segons l'article 26 de la LA, tant l'ANC com la xarxa d'arxius comarcals (XAC) formen part, entre d'altres, dels arxius de la Generalitat (art. 26, apartats a) i d) LA).

Per altra banda, la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del Patrimoni cultural català (LPCC), té per objecte la protecció, la conservació, l'acreciment, la investigació, la difusió i el foment del patrimoni cultural català (art. 1.1), el qual és integrat per tots els béns mobles o immobles relacionats amb la història i la cultura de Catalunya que per llur valor històric, artístic, arquitectònic, arqueològic, paleontològic, etnològic, documental, bibliogràfic, científic o tècnic mereixen una protecció i una defensa especials (art. 1.2).

L'article 19.2 de la LPCC disposa que integren el patrimoni documental de Catalunya els documents (art. 19.1 LPCC) que s'inclouen en algun dels supòsits següents:

- a) Els documents produïts o rebuts, en l'exercici de llurs funcions i com a conseqüència de llur activitat política i administrativa, per la Generalitat, pels ens locals i per les entitats autònomes, les empreses públiques i les altres entitats que en depenen.*
- b) Els documents de més de quaranta anys d'antiguitat produïts o rebuts, en l'exercici de llurs funcions, per persones jurídiques de caràcter privat que desenvolupen llur activitat a Catalunya.*
- c) Els documents de més de cent anys d'antiguitat produïts o rebuts per qualsevol persona física i els documents de menys antiguitat que hagin estat produïts en suports de caducitat inferior als cent anys, com és el cas dels àudio-visuals en suport fotoquímic o magnètic, d'acord amb el que sigui establert per reglament.*
- d) Els **documents compresos en fons conservats en arxius de titularitat pública de Catalunya.***
- e) Els **documents no compresos en els apartats anteriors que hi siguin integrats per resolució del conseller o consellera de Cultura, amb l'informe previ del Consell Nacional d'Arxius, atesos els seus valors històrics o culturals.***

En aplicació de l'article 19.3 de la LPCC, al que ens remetem, també formarien part del patrimoni documental català alguns dels fons als que es refereix la consulta (fons notarials o de l'Administració de l'Estat a Catalunya, entre d'altres).

Per tant, d'entrada, i en atenció al marc normatiu esmentat, sembla clar que els fons documentals a què es refereix la consulta, atès que aquesta es refereix a la seva "integració" a l'ANC o la XAC, passarien a formar part del patrimoni cultural català.

I és en atenció a les previsions legals sobre aquesta integració i posterior tractament dels fons, en connexió amb la normativa de protecció de dades, que cal situar la consulta formulada.

IV

En aquest context, ens referim a continuació a la **pregunta 1**:

"En quins casos és necessari el consentiment de les persones les dades de les quals resulten afectades per poder formalitzar l'ingrés a un arxiu (fotografies, documents...)? El consentiment no és necessari quan es tracta de documentació que integra el patrimoni documental català d'acord amb el que preveu la Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català?"

El tractament de dades personals objecte de consulta (que es produiria arran de la incorporació de fons documentals a arxius públics) ha de donar compliment al principi de licitud (art. 5 RGPD), i ha de tenir una base jurídica adequada que l'habiliti (art. 6.1 RGPD).

En cas que es tracti de dades personals de categories especials (art. 9.1 RGPD), caldrà que concorri alguna de les circumstàncies de l'article 9.2, que habilitarien el tractament en qüestió.

La consulta es refereix a documentació de titularitat pública i de titularitat privada, i a documentació que "pot formar part o no" del patrimoni documental català. En concret, es fa referència a:

- Fons de la Generalitat de Catalunya
- Fons de l'Administració local
- Fons de l'Administració perifèrica de l'Estat
- Fons de l'administració reial i senyorial
- Fons notariais
- Fons judicials
- Fons registrals
- Fons d'institucions
- Fons religiosos
- Fons d'associacions i fundacions
- Fons comercials i d'empreses
- Fons patrimonials
- Fons personals

Tenint en compte que el propi article 19.2, apartat e) de la LPCC, inclou en el dit patrimoni els documents que no pertanyen a les categories anteriors (del mateix art. 19.2), però que s'integren en el dit patrimoni, com seria el cas de diferents documents i fons documentals a què es refereix la consulta respecte els quals, precisament, se'n vol formalitzar l'ingrés a l'ANC o la XAC (art. 19.2.d) LPCC).

A la vista del que disposa l'article 19 LPCC, citat, sembla que molts dels documents o fons documentals als que es refereix la consulta formarien part d'aquest patrimoni. En els casos residuals, per exemple, de fons personals o privats d'una antiguitat inferior a 40 anys, sembla que també passaran a formar-ne part, precisament, arran del seu procés d'incorporació o integració a la XAC o a l'ANC. Això, entenent que aquest procés passa per la prèvia decisió del conseller/a de cultura, en els termes de l'article 19.2.e) LPCC.

Més enllà d'això, i pel que fa a la necessitat o no del consentiment dels afectats per a dur a terme aquesta integració, cal tenir en compte les previsions normatives pel que fa als documents de titularitat pública (arts. 6 a 12 LA) i els de titularitat privada (arts. 13 a 15 LA), com s'ha fet avinent anteriorment (Dictàmens CNS 31/2016 o CNS 30/2020).

Pel que fa als de titularitat pública, l'article 7.3 LA ja preveu que, un cop acabada la fase activa dels documents (art. 2.h) LA), els documents públics -com serien molts dels que cita la consulta-, s'han de transferir a l'arxiu corresponent. És a dir, la integració no s'estableix com una opció, sinó com una obligació.

Pel que fa als de titularitat privada, l'article 14.1 LA preveu expressament que "els propietaris de documents privats els poden dipositar en un arxiu públic". També es preveu que, en cas d'incompliment de les responsabilitats del titular (art. 13 LA), el Departament de Cultura pot acordar aquest ingrés (temporal) de documents privats en un arxiu públic. Tenint en compte que la consulta es refereix a processos de traspàs de fons documentals a arxius públics, és

obvi que, en el cas dels documents de titularitat privada, el seu responsable vol fer efectiva aquesta opció que li ofereix l'article 14.1 LA, pel qual l'Arxiu queda autoritzat a decidir sobre el tractament del fons i, per tant, de les dades personals que s'hi contenen (apartats a), b) i c) de l'art.14.1)

Així, la cessió o traspàs de documents públics a la XAC o ANC és una obligació en el cas dels documents públics; en el cas dels privats, és una opció que, en cas d'incompliment de les obligacions atribuïdes al titular, pot esdevenir una obligació. Possibilitats, totes elles, previstes en una norma amb rang legal.

Cal tenir present que la finalitat o conseqüència última del tractament a què es refereix la consulta (integració de documents i fons documentals en arxius públics, com són la XAC o l'ANC) és, precisament, que els dits fons passin a integrar el Patrimoni cultural català.

Així les coses, i partint de la premissa que basar la licitud del tractament que ens ocupa en el consentiment dels afectats (art. 6.1.a) RGPD) no sembla una opció viable, la cessió o traspàs de fons documentals als que es refereix la consulta, podria trobar una base jurídica adequada, d'una banda, en l'article 6.1.c) RGPD, segons el qual el tractament de dades és lícit quan: *"el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;"*. Aquesta base jurídica resultaria d'aplicació en aquells casos en què, atesa la legislació esmentada ja preveu la integració en els arxius públics, com a obligació.

D'altra banda, també podria trobar-se base jurídica suficient en l'article 6.1.e) segons el qual el tractament de dades és lícit quan: *"el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;"*.

A això cal afegir el que disposa l'article 6.3 RGPD:

"3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

a) el Derecho de la Unión, o

b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.

La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, (...)."

Com es desprèn de la legislació esmentada (LA i LPCC), i ateses les funcions que la legislació atribueix als arxius als que es refereix la consulta (art. 27 LA respecte l'ANC, i arts. 29 i 30 LA respecte la XAC), sembla clar que la integració de documents i fons documentals en arxius públics tindria com a finalitat principal la conservació d'aquests documents i, en el cas específic de dipositar fons privats en arxius públics, té la finalitat última d'assegurar el compliment de les obligacions d'ordenació, conservació, i accés a aquests fons que, en principi, recauen sobre el titular d'aquests documents.

Als efectes de la licitud del tractament que ens ocupa, cal recordar que l'RGPD estableix que *“los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»).*” (art. 5.1.b) RGPD). En relació amb això, ens remetem al considerant 50 de l'RGPD.

També cal fer referència també a l'article 26 LOPDGDD:

“Será lícito el tratamiento por las Administraciones Públicas de datos con fines de archivo en interés público, que se someterá a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica con las especialidades que se derivan de lo previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, así como la legislación autonómica que resulte de aplicación.”

Del marc legislatiu esmentat, i vistes les previsions de l'RGPD sobre la licitud del tractament i el principi de finalitat, es desprèn que el tractament (art. 4.2 RGPD) consistent en la comunicació de dades personals incloses en documents o fons documentals que es traspassen per a ser integrats a la XAC o l'ANC, té una finalitat “d'arxiu en interès públic”, i pot trobar el seu encaix en les bases jurídiques de l'article 6.1, apartats c) i e), de l'RGPD, per al compliment d'aquesta finalitat (art. 5.1.b) RGPD). En el cas que les dades

I en el cas que el tractament en qüestió afectés a dades personals de categories mereixedores d'especial protecció (art. 9.1 RGPD), el dit tractament podria trobar habilitació suficient en la previsió de l'article 9.2.j) RGPD, al que ens remetem.

Per tot l'exposat, en principi no resulta necessari el consentiment dels afectats (titulars de dades personals contingudes en documents i fons documentals objecte de consulta), per a l'ingrés en arxius públics (XAC o ANC) dels documents i fons documentals amb una finalitat d'arxiu en interès públic, ateses les previsions de la normativa d'arxius i patrimoni cultural, les bases jurídiques esmentades (art. 6.1.c) i e), i art. 9.2.j) RGPD).

V

Ens referim, a continuació, a la **pregunta 2:**

“2. Quin és el grau de responsabilitat dels arxius de la XAC i de l'ANC (és a dir del Departament de Cultura), en relació amb els fons que custodien i que contenen dades personals de persones físiques vives? El Departament és el responsable o l'encarregat de tractament d'aquestes dades?”

a) La consideració de responsable o encarregat va lligada amb el grau de protecció de la documentació ingressada? És a dir, si es tracta o no de documentació que integra el patrimoni documental català?”

b) La consideració de responsable o encarregat pot també anar lligada al fet que l'ingrés es faci a títol de donació/compra (cas en el qual el Departament adquireix la propietat del fons) o a títol de comodat (cas en el qual el Departament és un mer posseïdor, però no propietari).

c) Els dos supòsits anteriors, en cas de ser requisits per ser considerats responsables o encarregats, s'han de complir de manera acumulativa?"

D'acord amb l'article 4.7 RGPD el responsable del tractament és *"la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento;"*

I d'acord amb l'article 4.8 RGPD, l'encarregat del tractament és *"la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;"*

Segons el RGPD, i com s'exposa en les Directrius 7/2020, sobre els conceptes de responsable del tractament i d'encarregat del tractament en l'RGPD, del Comitè Europeu de Protecció de Dades (CEPD), de 7 de juliol de 2021 (https://edpb.europa.eu/edpb_en), el responsable és l'ens que decideix determinats aspectes essencials del tractament, tenint en compte que la responsabilitat del tractament pot establir-se en la normativa aplicable, o pot deduir-se de l'anàlisi dels fets o les circumstàncies de cada cas.

Com explicita el CEPD, els conceptes de responsable i d'encarregat són "conceptes funcionals", és a dir, que l'objectiu és assignar responsabilitats en funció del paper real de cada part intervinent (ap. 12 Directrius).

Segons l'apartat 14 de les Directrius: *"Puesto que el objetivo último de la atribución de la función de responsable del tratamiento es garantizar la responsabilidad proactiva y una protección eficaz e integral de los datos personales, el concepto de «responsable» debería interpretarse de un modo suficientemente amplio, de manera que promueva, en la medida de lo posible, una protección eficaz y completa de los interesados, con el fin de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión en materia de protección de datos, (...)."*

Per tant, l'atribució del rol de responsable i d'encarregat o fins i tot, si escau, l'establiment d'un model de corresponsabilitat (ex. art. 26 RGPD), ha de tenir per objectiu assegurar el compliment dels principis i garanties de la protecció de dades, i respondre a un "enfocament basat en els fets", com apunta el CEPD (ap. 21 i 30 Directrius, entre d'altres).

Així, i com ha fet avinent aquesta Autoritat (a tall d'exemple, el Dictamen CNS 24/2018), **l'element clau per atribuir el rol de responsable del tractament és la capacitat de decidir o determinar la finalitat, el contingut, l'ús o els mitjans del tractament**, és a dir, la capacitat de prendre decisions sobre què fer i com tractar les dades personals des del moment en què aquestes es recullen fins a la seva destrucció, és a dir, durant tot el tractament de les dades (art. 4.2 RGPD).

Com apunta el CEPD, determinar la finalitat i els mitjans del tractament de la informació suposa tenir poder de decisió real per decidir determinats aspectes essencials del tractament de les dades. Qui tingui, doncs, aquesta capacitat, és el responsable del tractament.

En aquest context, segons el CEPD, podem distingir dues situacions possibles, d'una banda, que el control sobre el tractament es determini en disposicions legals (és a dir, que s'infereixi d'una competència legal explícita), i de l'altra, a falta de previsió legal, que el control sorgeixi d'una capacitat d'influència de fet (és a dir, que el rol de responsable s'estableixi sobre la base d'una avaluació de les circumstàncies de fet en les que es du a terme el tractament).

Segons l'article 2.d) de la LA, cal entendre per arxiu "l'organisme o institució des d'on es fan específicament funcions d'organització, de tutela, de gestió, de descripció, de conservació i de difusió de documents i fons documentals."

Més en concret, segons l'article 27 LA:

"1. L'Arxiu Nacional de Catalunya té les funcions següents:

a) Rebre la documentació en fase semiactiva d'ús infreqüent i de conservació permanent, i la documentació històrica dels òrgans centrals de l'Administració de la Generalitat i de les entitats i les empreses que en depenen, preservar-la i tenir-la a disposició de l'Administració i dels ciutadans.

b) Ingressar, conservar i difondre els fons i els documents privats que per llur valor testimonial i referencial concerneixin Catalunya i siguin d'una rellevància especial.

2. L'Arxiu Nacional de Catalunya promou les activitats de difusió del patrimoni documental que custodia i pot establir els acords que calgui amb altres institucions per a fomentar-ne el tractament tècnic i la difusió."

Pel que fa a la XAC, segons l'article 29 de la LA:

"1. La Xarxa d'Arxius Comarcals s'organitza com un conjunt d'arxius d'àmbit comarcal que actuen d'una manera coordinada per garantir el compliment dels objectius d'aquesta Llei en tot el territori i fer possible l'aplicació dels principis de provenença i territorialitat en el tractament dels documents i en l'accés a aquests.

2. La direcció, l'impuls i la coordinació de la Xarxa d'Arxius Comarcals són competència del Departament de Cultura, el qual, amb aquest objecte, pot elaborar programes comuns als arxius de la Xarxa, establir directrius sobre l'execució i controlar-ne l'aplicació.

3. El Departament de Cultura ha de prestar suport tècnic i organitzatiu als arxius que conformen la Xarxa d'Arxius Comarcals perquè puguin complir llurs funcions."

I pel que fa a les funcions de la XAC, l'article 30 LA disposa que:

"1. En els respectius àmbits territorials, correspon als arxius comarcals:

a) Col·laborar amb totes les administracions públiques per aconseguir els objectius d'aquesta Llei.

b) Coordinar i dirigir els programes específics sobre el patrimoni documental de la comarca i elaborar l'Inventari del patrimoni documental, d'acord amb el que estableix l'article 60 de la Llei 9/1993, del patrimoni cultural català.

c) Oferir serveis especialitzats complementaris i de suport als altres arxius de la comarca, especialment serveis d'assistència als arxius municipals dels municipis de fins a deu mil habitants.

d) Ingressar, custodiar i difondre la documentació que estableix aquesta Llei.

e) Vetllar pel compliment de la normativa d'arxius.

f) Fomentar l'organització d'activitats de divulgació del patrimoni documental i promoure'n la recerca.

2. Als arxius comarcals, sens perjudici que l'organisme originari en conservi en tot cas la titularitat, els correspon rebre la documentació següent:

a) La documentació en fase semiactiva i inactiva dels òrgans o les entitats dependents de l'Administració de la Generalitat d'àmbit local o comarcal.

b) La documentació en fase semiactiva i inactiva del consell comarcal.

c) La documentació en fase semiactiva i inactiva de l'ajuntament del municipi on l'arxiu comarcal té la seu, quan s'hagi acordat la gestió conjunta del centre entre el consell comarcal i l'ajuntament, d'acord amb el que disposa l'article 33.

d) La documentació històrica dels municipis de fins a deu mil habitants del seu àmbit territorial, amb l'acord previ de l'ajuntament i llevat dels que tinguin un arxiu propi integrat al Sistema d'Arxius de Catalunya.

e) Els protocols notarials de més de cent anys, d'acord amb la normativa que els és aplicable.

f) La documentació de l'Administració de justícia, dels registres públics i dels serveis de l'Estat corresponents a la comarca, en els termes que s'acordin.

3. Els arxius comarcals també poden rebre, d'acord amb el titular del fons i en les condicions que s'estableixin, la documentació següent:

a) La documentació en fase semiactiva dels ajuntaments de municipis de fins a deu mil habitants.

b) La documentació semiactiva i inactiva dels altres ens i organismes públics de llur territori.

c) La documentació d'altres persones físiques o jurídiques d'interès històric o cultural del respecte àmbit territorial.

d) Tota altra documentació no ressenyada en els apartats anteriors que el Departament de Cultura o el consell comarcal considerin pertinent destinar-hi."

És a dir, des del moment en què es formalitza l'ingrés o la incorporació d'un fons documental a la XAC (art. 29 LA) o a l'ANC (art. 27 LA), aquests passen a exercir les funcions d'organització, de tutela, de gestió, de descripció, de conservació i de difusió, que els atorga la normativa aplicable (art. 2.d) LA).

Com preveu la normativa, és funció de la XAC i l'ANC incorporar -"ingressar"-, custodiar, tractar i difondre els fons a què principalment es refereix la consulta.

Per tant, en principi, atesa la normativa de referència, des de la perspectiva de la protecció de dades **es podria considerar que estem en un supòsit d'atribució normativa de la condició de responsable a l'ANC i la XAC** (cadascú en el seu àmbit d'intervenció, definit a la normativa), en relació amb la documentació i els fons documentals que aquests arxius ingressen o incorporen, provinents de diferents titularitats públiques o privades.

Segons l'apartat 24 de les Directrius del CEPD:

“(...) es más frecuente el caso en que la legislación, más que nombrar directamente al responsable del tratamiento o fijar los criterios para su nombramiento, establezca un cometido o imponga a alguien el deber de recoger y tratar determinados datos. En tales casos, el objetivo del tratamiento suele venir determinado por la ley. El responsable del tratamiento será normalmente el designado por la ley para cumplir este fin, este cometido público. Este sería, por ejemplo, el caso de un ente al que se le encargaran ciertos cometidos públicos (...). En este caso, aunque indirectamente, la legislación establece quién es el responsable del tratamiento. Con mayor frecuencia, la ley puede imponer a entes públicos o privados la obligación de conservar o facilitar determinados datos. Estos entes se considerarían en principio los responsables del tratamiento necesario para cumplir esta obligación.”

En el cas que ens ocupa, la normativa no explicita el règim de responsabilitat a aplicar en cas de traspàs de fons documentals, però sí determina les funcions de l'ANC i la XAC respecte els fons documentals que rep i, per tant, també respecte la informació personal que hi pugui constar. Funcions que comporten, pel que es desprèn de la pròpia normativa, un poder de decisió dels arxius respecte la gestió dels fons i, en conseqüència, als efectes que interessin, respecte la informació personal que s'hi conté.

Podríem entendre, doncs, que la normativa preveu una atribució indirecta del rol de responsable a favor de l'ANC i la XAC, respecte la informació personal sotmesa a l'RGPD, inclosa en els fons que hi ingressen.

Per tot això, amb caràcter general, i en línia amb anteriors pronunciaments d'aquesta Autoritat, es considera que en efectuar-se la integració efectiva d'un fons documental a la XAC o a l'ANC, per decisió del propietari originari (i responsable originari, també a efectes de l'article 4.7 RGPD), i un cop acceptat o formalitzat el traspàs, l'ANC o la XAC passarien a ser responsables d'aquests fons, als efectes de la normativa de protecció de dades.

De fet, quan la consulta exposa que *“un cop ingressada la documentació, el tractament que se'n fa dels arxius és, sintèticament, el següent:*

- Ordenació, classificació i descripció definitiva*
- Aplicació de mesures de preservació com digitalització i/o restauració*

I si el marc normatiu ho permet:

- Disposició a consulta pública (sala consulta)*
- Difusió amb finalitat cultural, a través dels mitjans de comunicació de l'arxiu (pàgina web, cercador “Arxius en Línia” (on molts documents es reproduïxen íntegrament), xarxes socials, publicacions, etcètera) o de l'organització d'activitats de difusió (...).”*

Com hem fet avinent abastament, i com exposa el CEPD, per determinar la condició de responsable d'un tractament de dades cal partir de la normativa aplicable i si escau, d'un enfocament basat en els fets, per determinar qui té la capacitat de decidir sobre les finalitats i la manera com es tractaran les dades personals.

Així, atès que, per la informació disponible, sembla clar que l'ANC / XAC passen a ordenar, classificar, donar accés, digitalitzar, restaurar, etc, i fins i tot, si escau, encarregar a un tercer determinades tasques de digitalització, sembla clar que adquiririen la capacitat de decisió i determinació sobre la finalitat i els mitjans del tractament de les dades contingudes als fons i sotmeses a la normativa de protecció de dades.

Afegim que, segons la consulta *“els arxius que conformen la XAC no tenen personalitat jurídica pròpia i, per tant, aquests compromisos jurídics els adquireix el/la conseller/a de Cultura en representació de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.”*

Val a dir que ni l'RGPD ni l'LOPDGDD no fan menció a les entitats sense personalitat jurídica com a responsables (som sí feia l'anterior normativa estatal, ex. art. 5.1.q) Reglament LOPD, en relació amb entitats que “actuïn en el tràfic jurídic com a subjectes diferenciats”). En base a aquesta previsió de l'RLOPD, s'havia admès que podrien ser responsables les societats civils, les comunitats de propietaris, o les UTE empresarials (citem, a títol il·lustratiu, els Dictàmens CNS 11/2019, o CNS 24/2017, entre d'altres).

També cal tenir en compte la jurisprudència recent (STJUE (Sala Tercera) Cas VQ contra Land de Hessen, de 9 de juliol de 2020), que considera responsable del tractament a una comissió parlamentària, a la que reconeix com a autoritat pública tot i no tenir personalitat jurídica pròpia, i reitera que l'element essencial a l'hora de qualificar una persona, ens, servei o organisme com a “responsable”, és la capacitat de determinar, sol o juntament amb altri, les finalitats i mitjans del tractament (apartats 65 i 73, entre d'altres, STJUE).

A més, cal tenir en compte que les entitats sense personalitat jurídica són reconegudes en l'ordenament jurídic com a subjectes de dret, i poden tenir reconeguda la capacitat d'obrar davant les administracions públiques (art. 14.2.b) i art. 3.a) Llei 39/2015 d'1 d'octubre, de Procediment administratiu comú de les administracions públiques).

Tot i que els arxius de la XAC no tinguin personalitat jurídica pròpia, és clar que la normativa sectorial aplicable els atorga, com hem vist, funcions relatives a *“ingressar, custodiar i difondre la documentació”* i, per tant, la capacitat de determinar el tractament de les dades personals contingudes en els fons documentals (art. 30.1.d) LA).

Certament, segons l'article 29, apartats 2 i 3, de l'LA, el Departament de Cultura dirigeix i coordina els arxius de la XAC, i els presta suport tècnic i organitzatiu.

Per tant, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades, els arxius de la XAC també es podrien considerar, d'entrada, responsables als efectes de l'article 4.7 RGPD, tenint en compte les funcions que la normativa citada els atribueix.

Tot això, amb caràcter general, i sens perjudici que es puguin articular altres models de gestió de la informació personal tractada en els fons, decisió que no correspon establir a aquesta Autoritat, més enllà de les consideracions efectuades, sinó que correspon al responsable i titular dels fons, en cada cas.

La consulta també pregunta si la consideració de responsable va lligada al “grau de protecció” de la documentació ingressada, o de si la documentació forma part del PCC.

D'entrada, si la menció al grau de protecció de la documentació (o, més exactament, de les dades personals que s'hi inclouen), es refereix a que s'hi continguin dades de categories mereixedores d'especial protecció (art. 9 RGPD), cal dir que òbviament això repercutirà en les mesures de seguretat que cal aplicar, en el règim d'accés a la informació, etc.

Ara bé la tipologia de dades personals tractades no determina la condició de responsable o, si escau, d'encarregat del tractament de les dades. Insistim que el que determina la condició de responsable és la capacitat, normativa o de fet, de decidir sobre la finalitat i els mitjans del tractament de les dades.

D'altra banda, cal apuntar que, des del moment en què l'article 19.2.d) de l'LA disposa que integren el patrimoni documental català (art. 2.g) LA) els documents compresos en fons conservats en arxius de titularitat pública de Catalunya -i que tant els arxius de la XAC com l'ANC ho són-, no és clar quina documentació, integrada en els arxius públics, quedaria fora de la consideració de patrimoni cultural català.

En qualsevol cas, la condició de responsable no vindria tampoc determinada per aquest fet, sinó, com ha quedat dit, per la capacitat de control efectiu sobre la informació personal tractada. Qui té la capacitat de determinar les finalitats i mitjans del tractament és responsable als efectes de l'article 4.7 RGPD.

Per tant, en resposta a la pregunta formulada, la condició de responsable de l'ANC o la XAC, no depèn del “grau de protecció” de la documentació, o del fet que aquesta formi part del PCC, sinó del fet que l'ANC o la XAC passin a exercir les seves funcions sobre aquesta documentació en qualitat de responsable, o bé que s'articuli un altre model de tractament, com es veurà més endavant.

D'altra banda, segons la consulta, la formalització dels ingressos dels fons documentals es fa a través de contractes de cessió en comodat i de donacions i compravendes, i pregunta si això condiona o determina la consideració de responsable o d'encarregat, i també pregunta si la condició de responsable o encarregat va lligada al fet que el Departament adquireixi la propietat del fons o en sigui un mer posseïdor (en el cas del comodat).

Sobre això, el fet que la integració d'un fons documental a l'ANC o la XAC (al Departament de Cultura, en els termes que planteja la consulta) es faci en virtut d'un determinat negoci jurídic pot tenir conseqüències als efectes de la titularitat o propietat sobre el fons, entre d'altres.

Evidentment, cada negoci jurídic que comporti un traspàs de fons documentals tindrà els efectes que la legislació preveu en cada cas (arts. 1445 i ss. CC pel que fa a la compravenda), o en cas de donació (arts. 618 i ss. CC). En cas de préstec en comodat, el comodant en conserva la propietat, i el comodatari n'adquireix l'ús (arts. 1740 i ss. CC).

Ara bé, amb independència de quin sigui el negoci jurídic que permet la integració d'un fons documental a l'ANC o XAC, des de la perspectiva de la protecció de dades, cal insistir que la condició del responsable del tractament recau en qui tingui la capacitat de determinar les finalitats i mitjans de tractament.

Sobre això, a efectes il·lustratius fem esment del Reial decret 1708/2011, de 18 de novembre, que estableix el sistema espanyol d'arxius i regula el sistema d'arxius de l'administració general de l'Estat i llurs organismes públics i el seu règim d'accés. Segons l'article 3.2 del RD formen part del sistema espanyol d'arxius:

"(...)

b) Los sistemas archivísticos autonómicos, provinciales, locales, en función de las relaciones de cooperación, basadas en el principio de voluntariedad, que se establezcan, y sin perjuicio de la aplicación de su respectiva normativa.

c) Los archivos de todo tipo de entidades públicas y privadas incorporadas al sistema mediante los correspondientes acuerdos y convenios."

Segons aquesta norma en aquest cas, el Ministeri de Cultura, ha de garantir la conservació del patrimoni documental que custodia (art. 16).

I segons l'article 17.1.b) de l'RD, el Ministeri ha de promoure *"La incorporación de documentos o agrupaciones documentales de interés histórico e informativo, por medio de compra, depósito, comodato, donación o cualquier otra figura legal contemplada en el ordenamiento jurídico."*

I segons el mateix article 17:

*"2. A los archivos y fondos adquiridos con base en lo dispuesto en el apartado anterior se les aplicarán **las mismas condiciones de custodia, conservación, reproducción y difusión** que al resto de sus fondos documentales, **sin perjuicio de su titularidad y conforme a lo establecido en el correspondiente contrato o instrumento jurídico.***

3. Entre los compromisos del Ministerio de Cultura se incluye la permanencia conjunta e indivisible de los documentos adquiridos en el archivo o centro de titularidad estatal, en el que se determine su custodia."

Finalment, segons la disposició addicional setena del RD: *"El derecho de acceso a archivos y documentos custodiados por el Ministerio de Cultura en virtud de compra, comodato, depósito, donación o cualquier otra figura jurídica, se someterá a las condiciones establecidas en el título en el que se materialice dicho negocio jurídico."*

És a dir, des del moment que l'Administració competent (en aquest cas el Ministeri de Cultura), incorpora o adquireix documents o fons documentals, independentment del negoci jurídic que s'hagi dut a terme per articular el traspàs, aquests es troben sotmesos a les mateixes condicions que la resta de fons sota la responsabilitat dels arxius públics.

De la normativa aplicable, doncs, s'infereix que, en el moment que l'Administració pública corresponent adquireix o passa a custodiar fons documentals en arxius públics (en el cas que ens ocupa, l'ANC o la XAC), independentment de la via d'adquisició o d'incorporació, aquesta Administració és la que decidirà com organitzar, mantenir, expurgar, digitalitzar, difondre, comunicar i, en definitiva, tractar la informació que s'hi conté.

En conclusió, la consideració de responsable o d'encarregat no depèn del negoci jurídic que porta a la integració d'un determinat fons documental a l'ANC o a la XAC, sinó de la

capacitat real i efectiva de decidir o determinar la finalitat i els mitjans del tractament de les dades personals (art. 4.2 RGPD), incloses al fons i sotmeses a la protecció de l'RGPD.

La pregunta 2.c) que formula la consulta, en el sentit si "els dos supòsits anteriors, en cas de ser requisits per ser considerats responsables o encarregats, s'han de complir de manera cumulativa?", queda contestada per les consideracions anteriors d'aquest dictamen.

VII

Pel que fa a la **pregunta 3**:

"En cas que es realitzi un annex al contracte de comodat com a encarregat de tractament, quins serien els aspectes mínims en relació amb la protecció de dades que ha de contenir aquest annex? En els cas dels contractes ja signats en què no es fa cap referència a la protecció de dades personals i en què el Departament de Cultura serà l'encarregat de tractament, caldria elaborar un model i instar els ajuntaments a incloure'l com a annex al contracte, o bé es podrien mantenir els pactes vigents relatius a la difusió i accés a la documentació només si es tracta de patrimoni documental i/o es compta amb el consentiment de les persones afectades?"

Com ja hem dit, la normativa aplicable i les circumstàncies concurrents en el cas analitzat porten a considerar que, des del moment que la XCA o l'ANC assumeixen i integren un fons documental, en principi, passarien a ser-ne responsables, als efectes de la normativa de protecció de dades, i sens perjudici que la titularitat (o propietat) del fons continuï essent del responsable originari.

Òbviament això no generaria una condició de l'ANC o la XAC o, per extensió, del Departament, com a encarregats del tractament (art. 4.8 RGPD).

Ara bé, cal fer avinent que en base a la normativa de protecció de dades no es pot descartar la possibilitat que el responsable originari d'un fons pugui continuar decidint sobre els mitjans del tractament a aplicar respecte la informació personal d'un fons documental, sotmesa a l'RGPD, i que, en conseqüència, decideixi articular aquest tractament a través d'un encàrrec del tractament, ex. art. 28 RGPD, pel qual l'ANC/XAC (per extensió, el Departament), en seria l'encarregat.

Aquesta és una decisió que correspon únicament al responsable del tractament originari de la documentació o fons documental que es pretén traspassar a l'ANC o a la XAC, i que, per tant, no correspon a aquesta Autoritat descartar en qualsevol cas.

Això sens perjudici que, com ha quedat exposat, sembla que la normativa aplicable portaria a considerar a l'ANC o la XAC com a responsables del tractament.

En qualsevol cas, si les condicions establertes en el contracte de comodat que es pugui establir en algun cas, determinen que el titular del fons ha de continuar decidint qüestions substancials que afecten el tractament futur del propi fons, és a dir, si el contracte determina -i així ho accepten les parts contractuals- que el titular del fons ha de continuar decidint sobre qüestions com ara la conservació, els accessos, la custòdia, etc, del propi fons, en

lògica conseqüència sembla que aquest titular haurà d'establir, com a responsable, un encàrrec del tractament en els termes de la normativa de protecció de dades personals.

Atès, doncs, no podem descartar que les condicions del propi contracte de comodat estableixin el manteniment de la capacitat de decisió, de forma substancial, per part del titular del fons, i per decisió d'aquest. En conseqüència cal fer avinent que, en aquests casos, el contingut de l'encàrrec al que es refereix la consulta, vindrà predeterminat pel propi RGPD (art. 28.3), i haurà de ser cada responsable el que ajusti l'acord a les característiques i circumstàncies de la informació personal continguda al fons:

“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. (...)”

En relació amb la pregunta formulada, els “aspectes mínims” que hauria de contenir cada acord, a què es refereix la consulta, són els que enumera el propi article 28.3 RGPD, i que haurà de determinar prèviament el titular i responsable del fons, abans de signar el corresponent encàrrec amb l'ANC o la XAC, si és aquesta l'opció emprada pel aquest.

Lògicament els diferents elements de l'encàrrec s'hauran d'adaptar a la naturalesa de la informació tractada, en funció d'allò que el responsable vulgui atribuir a l'encarregat.

Això, sens perjudici que, com hem apuntat, no sembla que aquest sigui el supòsit principal al que portaria la interpretació conjunta de la normativa sectorial, en connexió amb la normativa de protecció de dades.

Atesa la informació disponible i en atenció a la normativa de protecció de dades, tampoc no podem descartar que es pugui establir un règim de corresponsabilitat sobre el tractament d'un fons, això és, quan dos o més responsables determinen conjuntament els objectius i els mitjans del tractament (art. 4.7 i art. 26 RGPD i art. 29 LOPDGDD).

Segons l'article 26 de l'RGPD:

“1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.”

Val a dir que en l'àmbit públic, la figura de la corresponsabilitat pot tenir un joc més limitat que en l'àmbit privat o empresarial, atès que sovint els tractaments es basen en el fet que la normativa aplicable ha atribuït, de forma més o menys explícita, a una administració la competència per exercir una determinada funció pública.

Ara bé, atesa la informació disponible, no es pot descartar la possibilitat que alguna entitat titular d'un fons documental puguin conservar la capacitat de determinar la finalitat del tractament i articular els mitjans d'aquest, i que ho pugui fer conjuntament amb els dits arxius (als quals sembla que la normativa també atribuiria la condició de responsables, ateses les funcions previstes).

En qualsevol cas, com es desprèn de les Directrius 7/2020, citades, no tota col·laboració entre dues entitats (com podria ser en aquest cas el titular d'un fons i el Departament), implica que se'ls hagi de qualificar com de “corresponsables del tractament”, ja que aquesta qualificació requereix d'una anàlisi individualitzada de cada tractament i de la funció concreta de cadascun d'ells en el tractament (ap. 69 de les Directrius), i de que realment tots dos determinin, conjuntament, el tractament de la informació.

En la mateixa línia, el Document “*EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725*”, del Supervisor Europeu de Protecció de Dades, de 2019, al que ens remetem.

Així, en cas que s'establís algun supòsit de corresponsabilitat en relació amb el tractament de dades d'un fons documental, recordem que l'RGPD exigeix la signatura d'un acord que determini clarament les funcions i relacions respectives dels corresponsables en relació amb els interessats, els quals han de conèixer els aspectes essencials de l'acord (art. 26 RGPD).

Més enllà d'això, la consulta es refereix a un número indeterminat de “*contractes ja signats en què no es fa cap referència a la protecció de dades personals i en què el Departament de Cultura serà l'encarregat del tractament (...)*”.

Respecte d'aquest supòsit principal que esmenta la consulta, cal apuntar que difícilment es pot considerar que el Departament serà encarregat del tractament de les dades personals contingudes en un fons documental traspasat o integrat a l'ANC o la XAC, si en el seu moment no es va preveure un acord d'encàrrec del tractament.

Si en el seu moment es va dur a terme un traspàs i una integració efectiva d'un fons documental a l'ANC o al XAC, sense establir cap acord d'encàrrec del tractament en compliment de la normativa (ja fos l'RGPD o l'anterior normativa de protecció de dades), sembla que en aquest cas ens trobaríem en un supòsit en què l'arxiu i, per extensió, el Departament, ja hauria assumit de fet un rol de responsable del tractament de les dades del fons en qüestió.

Així, en el cas que la consulta es refereixi a fons documentals que ja han estat integrats al PCC i que actualment es troben gestionats per l'ANC o la XAC, sense que s'hagi articulat cap encàrrec del tractament previ per part del responsable i titular originari, caldria entendre

que aquests arxius (ANC o XAC) en són els responsables als efectes de la normativa de protecció de dades i que, com a tals, els correspon aplicar els principis i garanties de la protecció de dades a les dades personals que hi puguin constar, en base al principi de responsabilitat proactiva (art. 5.2 RGPD).

A més, un model segons el qual és l'encarregat del tractament (el Departament, segons exposa la consulta), qui determina els termes de l'encàrrec, com sembla apuntar la consulta, no s'ajustaria als paràmetres de la normativa de protecció de dades. I això, perquè no és el suposat encarregat del tractament el que ha de determinar com durà a terme el propi encàrrec, sinó que òbviament és el responsable (en el cas que ens ocupa, el titular del fons), el que ha de delimitar els termes del tractament que pot fer l'encarregat.

La consulta també es refereix a la possibilitat de mantenir els *“pactes vigents relatiu a la difusió i accés a la documentació”*, si es tracta de patrimoni documental, i/o es compta amb el consentiment dels afectats.

Com ha quedat dit, no sembla que el consentiment de les persones afectades sigui la base jurídica sobre la que es pugui assentar el tractament de les dades de fons documentals.

Sens perjudici que no es coneix quins serien aquests pactes subscrits respecte la difusió i accés a la informació i, per tant, no es poden valorar, per la informació disponible sembla que aquests pactes es referirien, només, a una part del tractament de les dades personals incloses en un fons documental (la referida a la difusió i accés a la informació continguda al fons), de manera que mancaria igualment recollir la resta del contingut de l'article 28.3 RGPD de forma completa, per poder considerar que es tracta d'un encàrrec del tractament.

En qualsevol cas, que es disposi d'una base legítima per al tractament de dades en el cas que ens ocupa, o que la documentació en qüestió sigui PCC als efectes de la normativa estudiada, no exclou que s'hagi de subscriure un encàrrec del tractament en els termes de l'article 28 de l'RGPD, si així ho decideix el titular del fons.

Altrament, com ha quedat exposat, sembla clar que caldria considerar a l'ANC o la XAC com a responsables dels fons documentals que en el moment d'emetre aquest dictamen ja custodia i gestiona, ateses les funcions que els atorga la normativa sectorial aplicable.

VIII

Pel que fa a la **pregunta 4**:

“En el cas d'ingressos de fons documentals de titularitat pública que continguin dades personals de persones vives físiques, entre administracions públiques, també s'ha de formalitzar jurídicament el tractament d'aquestes dades? I, en el cas, de transferències ordinàries de documentació d'altres departaments, empreses públiques, etcètera, de la mateixa Generalitat de Catalunya també s'ha de regular el tractament de les dades? De quina manera?”

Com es desprèn de la normativa de protecció de dades i del que ja s'ha exposat, és obvi que qualsevol ingrés de fons documentals, independentment que la seva titularitat sigui

pública o privada, que comporti tractament de dades personals sotmeses a l'RGPD, ha de sotmetre's als principis i garanties de la normativa de protecció de dades.

Això, partint de la base que qualsevol tractament de dades (art. 4.2 RGPD), en aquest cas, la comunicació o "transferència de documentació" entre administracions públiques, si aquesta conté dades de persones físiques vives protegides per l'RGPD, ha de comptar amb una base jurídica adequada i tractar-se conforme als principis i garanties de la protecció de dades.

Per tant, en el cas d'ingressos de fons o de documentació provinent de l'àmbit públic, als que es refereix la consulta, per a la finalitat d'arxiu públic a què hem fet esment, òbviament el tractament de dades personals que se'n pugui derivar s'ha de "formalitzar jurídicament", en el sentit que el tractament s'ha de sotmetre als principis i garanties de la normativa de protecció de dades, als que ens remetem.

Més enllà d'això, en concret, caldrà establir la responsabilitat sobre el fons adquirit o integrat per part de l'ANC o la XAC, com ha quedat exposat, o, alternativament, si escau, s'haurà d'establir el corresponent encàrrec del tractament ex. art. 28 RGPD, o l'acord de coresponsabilitat que pugui articular-se.

En aquest punt apuntem que, segons l'article 33.5 de l'LOPDGDD:

"5. En el ámbito del sector público podrán atribuirse las competencias propias de un encargado del tratamiento a un determinado órgano de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local o a los Organismos vinculados o dependientes de las mismas mediante la adopción de una norma reguladora de dichas competencias, que deberá incorporar el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679."

Per la informació de què es disposa, no s'hauria dut a terme aquesta opció normativa per articular un possible encàrrec del tractament general per a l'àmbit públic. En qualsevol cas, fins i tot si s'articulés aquesta opció, caldria incorporar el contingut exigint per l'article 28 RGPD en la norma reguladora corresponent.

IX

En aquest punt, ens referim a la **pregunta 5**:

"Com s'ha d'actuar en el cas dels aproximadament 700 contractes subscrits fins a l'actualitat donat que no hi ha mitjans suficients en cas que s'hagin de revisar i seleccionar aquells que continguin dades de persones vives i afegir addendes o clàusules específiques? Hi ha la possibilitat de fer algun tipus de resolució única per als contractes ja signats? Cal tenir en compte que, probablement, en el cas de fons privats, serà difícil tornar contactar o trobar els titulars de la documentació."

Dels termes de la consulta, sembla que ja s'haurien subscrit amb anterioritat (sense més concreció) una quantitat força significativa de contractes, amb la finalitat d'assumir fons documentals per part de l'ANC o la XAC.

Es desconeix si, al menys en alguns casos, s'hauria inclòs alguna previsió respecte l'encàrrec del tractament corresponent, més enllà dels exemples que acompanyen a la consulta.

Reiterem que tot tractament de dades personals (art. 4.1 RGPD) queda subjecte a la normativa de protecció de dades.

Per tant, si arran de contractes ja subscrits amb anterioritat, l'ANC o la XAC haguessin assumit -com semblaria, atesa la informació disponible- el tractament de fons documentals que contenen dades personals protegides per l'RGPD, sense que en el seu moment s'hagués establert cap encàrrec del tractament, caldria entendre que són responsables del tractament i, per tant, del compliment dels principis i garanties de la normativa de protecció de dades, atès el principi de responsabilitat proactiva (art. 5.2 RGPD).

Més encara, en aquells casos en què, com apunta la mateixa consulta, pot donar-se el cas que fins i tot resulti difícil trobar els titulars de la documentació.

Malgrat les dificultats, esmentades en la consulta, respecte la identificació dels fons que contenen dades personals, sembla ineludible que s'haurà de dur a terme una anàlisi respecte la informació personal que, si escau, contenen aquests fons, ja que d'això en depèn l'aplicació o no de la normativa de protecció de dades.

Per tant, d'entrada, difícilment es pot articular un model de responsabilitat o, si escau, coresponsabilitat, o un encàrrec del tractament (en el que l'ANC o la XAC hagin de ser encarregats del tractament), si no es procedeix, abans, a identificar quins fons documentals contenen no només dades personals, sinó dades personals sotmeses a l'RGPD.

En qualsevol cas, i un cop es coneguin els fons documentals als que s'aplicaria la normativa de protecció de dades, òbviament s'haurà de sotmetre a la normativa esmentada (RGPD i LOPDGDD), aquests fons documentals.

Recordem que els contractes d'encàrrec que s'haguessin pogut formalitzar abans de la plena aplicabilitat de l'RGPD (25 de maig de 2018) s'hauran d'adaptar per respectar el que estableix l'article 28 RGPD, com fa avinent la Guia relativa a l'encarregat del tractament en l'RGPD, disponible al web www.apdcat.cat.

D'acord amb la Disposició transitòria cinquena de l'LOPDGDD:

“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.”

Això, pel que fa als encàrrecs de tractament que s'haguessin pogut subscriure amb anterioritat. Com indica aquesta Autoritat en la Guia esmentada, tot i que moltes de les obligacions derivades del règim establert a l'RGPD ja estiguessin recollides a la normativa espanyola, caldrà modificar els contractes existents perquè les seves clàusules reflecteixin tots els continguts del Reglament, tenint en compte que les remissions genèriques a l'article de l'RGPD que els regula no serien vàlides.

Això, pel que fa als acords d'encàrrec subscrits amb anterioritat, si fos el cas, que s'hagin de regularitzar.

Dit això, la consulta planteja la possibilitat de fer algun tipus de resolució única per als contractes ja signats, que pugui servir indistintament per a qualsevol d'aquests 700 fons que, pel que sembla, ja es troben integrats als arxius.

Ara bé, com ha quedat dit, si es planteja un acord del tractament, cadascun dels responsables i titulars dels fons que s'han anat integrant a l'ANC o la XAC (administracions públiques, titulars privats, etc), haurien de concretar (o d'haver concretat) les condicions del tractament que hauria de dur a terme el Departament, com a encarregat.

El tipus d'informació personal que l'encarregat (el Departament i els arxius esmentats), haurà de tractar per compte de cada responsable, i el tipus de tractament que aquest vulgui encarregar, comporta que s'hagi d'establir en l'acord d'encàrrec diferents paràmetres de seguretat que l'encarregat hauria d'assumir (art. 32, en connexió amb art. 28.3.c) RGPD), entre d'altres qüestions.

A més, algunes de les previsions que ha de contenir necessàriament un acord d'encàrrec del tractament (per exemple, atenció a l'exercici de drets dels afectats -art. 28.3.e) RGPD-, mesures de seguretat, etc), o les derivades de les previsions de l'article 28.3.f) RGPD), entre d'altres, poden variar en funció de la informació personal continguda en cada fons documental, o en funció que el responsable disposi.

Per tot l'exposat, no sembla possible, en els termes que planteja la consulta i des de la perspectiva de la protecció de dades, establir un únic model d'encàrrec que pugui resultar vàlid per a un nombre indeterminat de fons documentals de diferents titulars, alguns dels quals podrien fins i tot ser desconeguts o il·localitzables, com apunta la consulta.

En qualsevol cas, es reitera que, atesa la normativa estudiada i des de la perspectiva de la protecció de dades, semblaria més ajustat a la dita normativa, considerar a l'ANC o la XAC i, per extensió, al Departament de Cultura, responsable dels dits tractaments de dades als efectes descrits.

Conclusió

1.- En principi no resulta necessari el consentiment dels afectats (titulars de dades personals contingudes en documents i fons documentals objecte de consulta), per a l'ingrés en arxius públics (XAC o ANC) dels documents i fons documentals amb una finalitat d'arxiu en interès públic, ateses les previsions de la normativa d'arxius i patrimoni cultural, les bases jurídiques esmentades (art. 6.1.c) i e), i art. 9.2.j) RGPD).

2.- Atesa la normativa aplicable, en principi sembla que caldria atribuir a l'ANC i la XAC (cadascú en el seu àmbit), la condició de responsables en relació amb la documentació i els fons documentals que ingressen o incorporen, provinents de diferents titularitats, un cop s'hagi produït aquesta integració.

No es pot descartar que, en base a les condicions que s'estableixin en un contracte de comodatiu, el titular i responsable originari d'un fons pugui seguir tenint capacitat per determinar els mitjans del tractament i, en conseqüència, que s'hagi d'articular un encàrrec del tractament (article 28 RGPD).

Tot i que sembla més improbable, tampoc no es pot descartar, des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades, que es pugui articular en algun cas una corresponsabilitat (article 26 RGPD).

La condició de responsable, en qualsevol cas, no depèn d'altres circumstàncies, com ara el grau de protecció de les dades o del negoci jurídic que permet la integració del fons a un arxiu públic.

3.- Que es disposi d'una base legítima per al tractament de dades, o que la documentació formi part del patrimoni cultural català, no exclou que s'hagi de subscriure un encàrrec del tractament en els termes de l'article 28 de l'RGPD, si així ho decideix el titular del fons.

Altrament, sembla clar que caldria considerar a l'ANC o la XAC com a responsables dels fons documentals que, en el moment d'emetre aquest dictamen, custodien i gestionen, ateses les funcions que els atorga la normativa de protecció de dades.

4.- Qualsevol tractament de dades (art. 4.2 RGPD), en aquest cas, la comunicació o "transferència de documentació" entre administracions públiques, si aquesta conté dades de persones físiques vives protegides per l'RGPD, haurà de comptar amb una base jurídica adequada i tractar-se conforme als principis i garanties de la protecció de dades, en els termes apuntats en aquest dictamen.

En concret, caldria establir la responsabilitat sobre el fons adquirit o integrat per part de l'ANC o la XAC, en els termes exposats o, alternativament, si escau, establir el corresponent encàrrec del tractament o l'acord de corresponsabilitat que pugui articular-se.

5.- No sembla possible, en els termes que planteja la consulta i des de la perspectiva de la protecció de dades, establir un únic model d'encàrrec que pugui resultar vàlid per a un nombre indeterminat de fons documentals de diferents titulars, alguns dels quals podrien fins i tot ser desconeguts o il·localitzables.

Atesa la normativa estudiada i des de la perspectiva de la protecció de dades, semblaria més ajustat a la dita normativa considerar a l'ANC o la XAC i, per extensió, al Departament de Cultura, responsable dels dits tractaments de dades als efectes descrits.

Barcelona, 14 de juliol de 2023