



DICTAMEN QUE SE EMITE EN RELACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA POR XXXXX DEL DEPARTAMENTO DE HACIENDA Y FINANZAS DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE XXXXX EN RELACIÓN A LAS AUTORIZACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 92.2 DEL REAL DECRETO 1720/2007.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 26 de noviembre de 2009 tiene entrada en esta Agencia Vasca de Protección de Datos escrito de XXXXX del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de XXXXX por el que se eleva consulta en relación con el asunto arriba referenciado.

SEGUNDO: En dicho escrito de remisión de la consulta se expresa que:

“El artículo 92.2 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD 15/1999 establece en relación a las medidas de seguridad de nivel básico en la gestión de soportes y documentos, lo siguiente:

2.- La salida de soportes y documentos que contengan datos de carácter personal incluidos los comprendidos y/o anejos a un correo electrónico, fuera de los locales bajo el control del responsable del fichero o tratamiento deberá ser autorizada por el responsable del fichero o encontrarse debidamente autorizada en el documento de seguridad.

En el mismo RD 1720/2007, el artículo 97 hace referencia a las medidas de seguridad de nivel medio en la gestión de soportes y documentos. Dicho artículo recoge la necesidad de establecer un sistema de registros de entrada y salida de soportes

Los distintos órganos administrativos del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de XXXXX responsables de ficheros de datos de carácter personal han designado como encargado de tratamiento de datos a la sociedad pública XXXXX. En la normal relación entre responsable del fichero y encargado de tratamiento existen salidas de soportes o documentos con datos de carácter personal de la sede del encargado del tratamiento a la del responsable del fichero y viceversa.

Interesa conocer si nos encontramos ante una salida de soportes prevista en el artículo 92.2 del RD 1720/2007 o si bien, los locales del encargado del tratamiento se consideran locales bajo el control del responsable del fichero, en tanto en cuanto el encargado del tratamiento trata los datos personales por cuenta del responsable del fichero”



TERCERO: El artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en su apartado n) atribuye a la Agencia Vasca de Protección de Datos la siguiente función:

“Atender a las consultas que en materia de protección de datos de carácter personal le formulen las administraciones públicas, instituciones y corporaciones a que se refiere el artículo 2.1 de esta Ley, así como otras personas físicas o jurídicas, en relación con los tratamientos de datos de carácter personal incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley.”

Corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos, en virtud de la normativa más arriba citada, la emisión del informe en respuesta a la consulta formulada.

CONSIDERACIONES

I

Puede resultar conveniente para intentar una respuesta a la consulta planteada tener a la vista un plano general de la cuestión relativa a las medidas de seguridad cuando existe un encargo de tratamiento.

Así, el artículo 9.1 de la LOPD, establece expresamente que

“El responsable del fichero y en su caso el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”

El párrafo segundo del artículo 9.2 de dicha Ley por su parte contiene el siguiente mandato:

“En el contrato se estipularán asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar”.

Dicha previsiones legales han sido objeto de un más detallado desarrollo en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que se cita en la consulta.

De acuerdo con el artículo 20.2 del mismo

“Cuando el responsable del tratamiento contrate la prestación de un servicio que comporte un tratamiento de datos personales sometido a lo dispuesto en este capítulo deberá velar por que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento”

El Título VIII de tal Real Decreto desarrolla las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal.



Dentro de dicho Título, el artículo 82 se ocupa específicamente de las medidas de seguridad y del encargado del tratamiento de la siguiente manera

“1.- Cuando el responsable del fichero o tratamiento facilite el acceso a los datos, a los soportes que los contengan o a los recursos del sistema de información que los trate, a un encargado de tratamiento que preste sus servicios en los locales del primero deberá hacerse constar esta circunstancia en el documento de seguridad de dicho responsable, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el citado documento.

Cuando dicho acceso sea remoto habiéndose prohibido al encargado incorporar tales datos a sistemas o soportes distintos de los del responsable, este último deberá hacer constar esta circunstancia en el documento de seguridad del responsable, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el citado documento.

2.- Si el servicio fuera prestado por el encargado del tratamiento en sus propios locales ajenos a los del responsable del fichero, deberá elaborar un documento de seguridad en los términos exigidos por el artículo 88 de este reglamento o completar el que ya hubiera elaborado, en su caso, identificando el fichero o tratamiento y el responsable del mismo e incorporando las medidas de seguridad a implantar en relación con dicho tratamiento.

3.- En todo caso, el acceso a los datos por el encargado del tratamiento estará sometido a las medidas de seguridad contempladas en este documento”

Por último, en lo que ahora más pueda interesar, el artículo 88 en sus apartados 5 y 6 de dicho Real Decreto establecen que

“Cuando exista un tratamiento de datos por cuenta de terceros, el documento de seguridad deberá contener la identificación de los ficheros o tratamiento que se traten en concepto de encargado con referencia expresa al contrato o documento que regule las condiciones del encargo así como de la identificación del responsable y del periodo de vigencia del encargo

En aquellos casos en los que los datos personales de un fichero o tratamiento se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado, el responsable deberá anotarlo en su documento de seguridad. Cuando tal circunstancia afectare a parte o a la totalidad de los ficheros o tratamientos del responsable podrá delegarse en el encargado la llevanza del documento de seguridad, salvo en lo relativo a aquellos datos contenidos en recursos propios.”

Resulta conveniente se decía, porque a juicio de esta Agencia es posible a la vista de dicho panorama realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar que existen previsiones específicas respecto al reparto de las obligaciones (y responsabilidades) de seguridad entre el responsable y el encargado del tratamiento.

En segundo, que dicho “reparto” depende en gran medida de la forma en que se lleve a cabo el tratamiento objeto de encargo (en los locales del responsable, en los



del encargado, acceso remoto), lo cual se deja dicho porque la información ofrecida al respecto en el escrito de remisión de la consulta no especifica para el caso concreto la forma, modo y lugar en que tal tratamiento se ejecuta por el encargado, siendo por lo tanto posibles varias alternativas y diferentes soluciones.

La tercera (que puede servir de punto de partida para la interpretación que se nos solicita) que el espacio físico donde se ejecute el encargo, es un criterio que tiene peso específico en el reparto de obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad entre el responsable y el encargado como no puede ser de otra manera puesto que en la base del artículo se encuentra la “salida” de soportes y documentos lo que implica necesariamente un traslado de los mismos de un lugar a otro.

Y la cuarta, el papel central que el documento de seguridad ocupa en la adopción y ejecución de las medidas de seguridad también cuando existe un encargo de tratamiento, lo cual puede ser de relevancia en el supuesto que se plantea como luego se tratará de razonar.

II

Teniendo en cuenta lo anterior es como se debe intentar dar respuesta a la cuestión planteada (“*si los locales del encargado del tratamiento se consideran locales bajo el control del responsable del fichero*”) cuestión que, desde luego, se encuentra solidamente fundada y cuya resolución es determinante a los efectos planteados, aplicación o no de los artículos 92 y 97.

Se dice lo anterior porque tiene declarado ya la Agencia Española de Protección de Datos que

En segundo lugar se cuestiona si es necesario cumplir con la gestión de soportes en los términos del artículo 92, respecto de los documentos que sean trasladados entre las distintas dependencias de una misma entidad.

Para que tenga lugar una salida de documentos de carácter personal, es necesario atender a la forma y personas que efectúan dicha transmisión, por tanto si los documentos son trasladados entre las dependencias de una misma entidad por personal de la propia entidad, no hablaríamos de salida de documentos, por el contrario cuando la gestión de dicha salida la efectúe una entidad contratada para la prestación de dicho servicio, si que resulta necesario cumplir con los extremos contenidos en el artículo 92.”

Aplicando dicho criterio, si se llegara a la conclusión de que los locales del encargado son locales bajo el control del responsable debiera llegarse a la conclusión de que no sería de aplicación dicho artículo 92.

Como se dejó dicho al final del apartado anterior, no puede perderse de vista que el aspecto físico, el local, y la forma de acceder a los datos, sistemas o recursos es un criterio que adquiere importancia en el reparto de obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad entre el responsable y el encargado del fichero, al menos respecto al documento de seguridad, lo que a juicio de esta Agencia es un elemento significativo a los efectos que ahora nos ocupan.



Así, cuando el encargo se realiza bien en los locales del responsable, bien a través del acceso remoto a los datos, a los soportes o a los recursos del sistema de información por el encargado sin incorporarlos a sistemas o soportes distintos de los del responsable, el control sobre las medidas de seguridad por parte de éste parece ser más intensa, lo que conlleva a la vez un mayor control sobre los datos de carácter personal que no llegan, por decirlo de alguna manera, a “escapar” de su ámbito de directa influencia, aunque sean tratados por un tercero, el encargado.

De otra parte, cuando el encargo se realiza bien en los locales del encargado del tratamiento, bien cuando los datos se incorporan y tratan de modo exclusivo en los sistemas del encargado, el control al que hacíamos referencia anteriormente parece difuminarse tanto respecto a las medidas de seguridad como respecto de los propios datos que entran en un ámbito más cercano al del propio encargado.

No puede perderse de vista tampoco, que tal elemento físico se encuentra en la base del texto cuya interpretación se nos solicita *“locales bajo el control del responsable”*.

Por otra parte, a juicio de esta Agencia, no resulta apropiado realizar una interpretación aislada de tal apartado segundo del artículo 92, siendo más recomendable realizar una interpretación de tal apartado integrada, al menos, con el resto de apartados de tal artículo, y ello sin perder de vista la finalidad del artículo entero (interpretación teleológica).

De esta manera, se puede convenir que tal artículo, a la vista de todos sus apartados, pretende básicamente reducir los riesgos de accesos indebidos con ocasión de la salida de los soportes o de los documentos que contengan datos de carácter personal, no obstante lo cual, para los supuestos en los que exista un encargado de tratamiento, no debe desdeñarse como finalidad a perseguir también, el establecimiento de criterios que permitan distribuir correctamente las responsabilidades que puedan derivarse de una falta de observancia de dicha medida de seguridad, de hecho el título de tal artículo se encabeza con el término “gestión”.

Todo lo cual permite llegar a la (razonable a juicio de esta Agencia) conclusión de que la respuesta a la consulta realizada no puede ser unívoca sino que dependerá del lugar y manera en que se desarrolle el encargo.

Así, cuando el encargo se ejecute en los locales del responsable o se realice a través de un acceso remoto sin que los datos o tratamiento se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado la salida de soportes desde los locales del responsable a los del encargado no parecen ser necesarios. Las salidas desde los locales del encargado a los del responsable, no tendrán la consideración de *“salida... fuera de los locales bajo el control del responsable”*, siempre que sean realizadas a través de personal o de sistemas dependientes y titularidad de dicho responsable.

Cuando el tratamiento se realice en locales del encargado o los datos se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado, las salidas tanto desde



los locales o sistemas del responsable a los del encargado como a la inversa deberán ser autorizadas por el responsable del fichero.

Razonable se dice, porque mientras se mantenga un nivel de control amplio sobre los datos y los soportes, como ocurre en el primero de los supuestos, menor riesgo para la integridad de los accesos a los mismos existirá desde la perspectiva contemplada en dicho artículo 92 porque menor debe ser la posibilidad de que se produzca tal supuesto, la “salida”; y viceversa, a medida que se pierde influencia (siquiera sea física) en el control de los mismos, mayor habrá de ser la prevención y el control que sobre las medidas a seguridad a aplicar corresponderá al responsable del fichero, entre ellas la autorización, porque mayor será la presencia del supuesto contemplado en la norma, dicha “salida”.

III

Debe por último hacerse dos observaciones que considera esta Agencia de interés.

La primera viene referida a la cita que en el escrito de elevación de la consulta se realiza al artículo 97 del Real Decreto 1720/2007. Esto es, aunque se cita en dicho escrito no se solicita interpretación alguna del mismo ni se cuestiona su aplicación a supuestos como el planteado.

Dicha posición de la consultante es, a juicio de esta Agencia, correcta porque no existe, y es lo que se pretende resaltar, no necesariamente al menos, vinculación entre ambos preceptos.

Efectivamente, siempre a juicio de esta Agencia, la finalidad y funcionalidad del artículo 97 no coincide siempre con del 92.

Es cierto que, en ocasiones, tal artículo 97 puede ser complementario del 92 coadyuvando al cumplimiento de la finalidad de éste.

Así, cuando se produzcan salidas de documentos o de soportes y se trate de ficheros a los que le son de aplicación medidas de nivel medio, además de la autorización, la anotación de la salida y de la entrada ayudará a controlar el “transporte” realizado.

En otras ocasiones sin embargo, es posible que no sea necesaria la autorización para dicha salida de soportes o documentos siendo sin embargo preciso anotar la misma en los respectivos registros de entrada y de salida.

Obsérvese al respecto que el artículo 97 del RD 1720/2007 no contiene referencia alguna a los “locales” ni hace mención a espacio físico alguno.

Ello es debido, a juicio de esta Agencia, a que a diferencia del artículo 92 y a pesar de que como se ha dejado dicho, en ocasiones puede coadyuvar al cumplimiento de la finalidad de aquel, éste tiene una finalidad propia, diferente y reforzada: la trazabilidad. Esto es, el control de los movimientos de soportes o documentos entre diferentes dependencias, aunque sean en locales del mismo responsable.

Por decirlo gráficamente y en relación al supuesto concreto planteado, es bien



posible que la salida de un documento o soporte no precise de autorización porque se considere que no sale de los locales del responsable del fichero y sin embargo deba ser anotada en los correspondiente registros autorizada porque se considere que no se produce.

Esto que en principio puede parecer paradójico (si no es necesaria la autorización, que con carácter general es una medida más intervencionista que el mero apunte de salida o entrada, parece que menos debieran serlo dichos apuntes) si bien se piensa no carece de lógica en cuanto precisamente porque nadie ha autorizado dicha salida se hace más necesario conocer desde donde se ha realizado el envío y donde se encuentra el soporte o documento enviado.

La segunda de las observaciones, que se realiza con mero ánimo de colaboración por parte de esta Agencia, se refiere a la posibilidad de encontrar en la normativa de protección de datos en este punto soluciones alternativas a la puramente interpretativa. y por lo tanto con más alto nivel de seguridad jurídica.

Efectivamente, no puede perderse de vista que la parte final del apartado 2 del artículo 92 del RD 1720/2007 termina con una disyuntiva “... o encontrarse debidamente autorizada en el documento de seguridad”.

Tampoco puede perderse de vista el artículo 84 del RD 1720/2007 de acuerdo con el cual *“Las autorizaciones que en este Título se atribuyen al responsable del fichero o tratamiento podrán ser delegadas en las personas designadas al efecto. En el documento de seguridad deberán constar las personas habilitadas para otorgar estas autorizaciones así como aquellas en las que recae dicha delegación. En ningún caso esta designación supone una delegación de la responsabilidad que corresponde al responsable del fichero”*

Todo ello puede ponerse en relación con algunas de las previsiones contenidas en los apartados 5 y 6 del artículo 82 del RD 1720/2007, de acuerdo con las cuales, y para supuestos como el planteado en la presente consulta, el documento de seguridad debe necesariamente hacer referencia a los tratamientos o ficheros que se traten en concepto de encargado.

Además cuando se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado el responsable puede delegar en el encargado la llevanza del documento de seguridad, atendiéndose al documento de seguridad del encargado al efecto de cumplimentar las medidas de seguridad.

Quiere ponerse de manifiesto con lo anterior en los términos de colaboración que ya se han señalado, que es bien posible encontrar una solución diferente a la puramente interpretativa no siendo además dicha solución unívoca lo que puede a su vez, además de ofrecer una mayor seguridad jurídica en la adopción de la decisión, permitir un más adecuado ajuste a las concretas necesidades de la consultante, porque vistos los artículos citados (a los que se podría unir otros en la misma línea, por ejemplo el 86) no es irrazonable concluir que en este punto el Real Decreto de constante cita parece contemplar cierta flexibilidad respecto a las autorizaciones, restando rigidez al sistema y permitiendo acercar el proceso de toma de decisiones a las concretas necesidades y mejor desarrollo y ejecución del



encargo.

CONCLUSIÓN

1.- Cuando el encargo se ejecute en los locales del responsable o se realice a través de un acceso remoto sin que los datos o tratamientos se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado la salida de soportes desde los locales del responsable a los del encargado no parecen ser necesarios. Las salidas desde los locales del encargado a los del responsable, no tendrán la consideración de “salida... fuera de los locales bajo el control del responsable”, siempre que sean realizadas a través de personal o de sistemas dependientes y titularidad de dicho responsable.

2.- Cuando el tratamiento se realice en locales del encargado o los datos se incorporen y traten de modo exclusivo en los sistemas del encargado, las salidas tanto desde los locales o sistemas del responsable a los del encargado como a la inversa deberán ser autorizadas por el responsable del fichero.

En Vitoria-Gasteiz, a 21 de diciembre de 2009

Iñaki Vicuña de Nicolás
Director de la Agencia Vasca de Protección de Datos