



I

Se consulta, en primer lugar, si, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, resulta suficiente y adecuado la conservación de los documentos que prueban el cumplimiento del deber de información así como la obtención del consentimiento del interesado, mediante su escaneo, sustituyendo los documentos físicos por un soporte informático.

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, 21 de diciembre, dispone en su artículo 12.3 que *“corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”*

Según el artículo 18 del mismo Reglamento *“El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.*

*2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneo de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.”*

Sin embargo, el artículo 18 antes transcrito ha sido anulado por Sentencia de 15 de julio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la que se razona al respecto que *“La Ley reconoce en el artículo 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información, y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa e inequívoca, ninguna referencia contiene a la forma, abriendo así múltiples posibilidades (escrita, verbal, telemática, etc.) Sólo en el apartado 2 del artículo de mención prevé la posibilidad de que se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida de datos para advertir, pensando sin duda en medios estandarizados, que se han de contener y de forma claramente legible las advertencias expresadas en el apartado 1.*



*En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma.*

*Pues bien, siendo ello así, cabe concluir que la disposición reglamentaria que examinamos contraviene la Ley y que por ello debe ser anulada.”*

Por consiguiente, rige el principio de libertad de forma, tanto para la prueba de la obtención del consentimiento del interesado, como para la acreditación del cumplimiento del deber de información al mismo. No obstante, el hecho de que dicho precepto haya sido anulado por entender el Tribunal Supremo que establece “ex novo” al margen de la Ley, una obligación adicional, no invalida la adecuación del procedimiento a que hace referencia al consulta a efectos de prueba, de manera que si bien el consultante podrá demostrar por cualquier medio de prueba admisible en derecho el cumplimiento de ambos deberes, el escaneado de los documentos que así lo acrediten constituyen un medio válido y apropiado de prueba.

No obstante, si se procede a la sustitución de los documentos originales en papel por un soporte informático, será preciso acreditar, en su caso, que en el proceso de automatización aquéllos no han sido alterados. En este sentido el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone 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 estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.”*

Ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999 ni su Reglamento de desarrollo imponen la utilización de medios técnicos concretos para conseguir dichas finalidades, dejando libertad a los responsables del tratamiento para elegir éstos siempre que se consiga el resultado previsto en dicho precepto. En consecuencia no resulta exigible la utilización de una herramienta tecnológica determinada para la digitalización de los documentos, siempre que el responsable pueda garantizar la seguridad de los datos.

## II

En segundo lugar, el consultante plantea que medidas debe adoptar el responsable del fichero para garantizar que no se produce una alteración de los



documentos en caso de encargar a un tercero el escaneado de la documentación y la destrucción de los documentos en papel.

Para que la relación entre responsable y encargado del tratamiento se ajuste a la Ley Orgánica 15/1999, es preciso que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 12 de dicha norma.

En primer lugar, es preciso que el acceso a los datos por el tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable del fichero. El artículo 12.1 de la citada Ley Orgánica, establece así que *“no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”*.

Dicha relación de servicios debe encontrarse contractualmente establecida. En lo que atañe a los requisitos formales de este tipo de contratos, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 impone que *“la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 ha resaltado la finalidad de este artículo y en particular de los rigurosos requisitos que se establecen en relación con el contrato en él regulado al señalar *“lo que necesariamente exige una forma que refleje y deje constancia no sólo de su celebración sino de su contenido, que incluso se especifica en sus cláusulas imprescindibles en el propio precepto. Tal exigencia responde a la finalidad de la norma de garantizar que el acceso de terceros a los datos de carácter personal, objeto de tratamiento automatizado, se produzca únicamente en los casos y con las limitaciones legalmente establecidas, plasmándose las condiciones, finalidad y alcance de la cesión de forma que resulte controlable en su desarrollo y cumplimiento.”*

Tal y como se desprende del artículo 12.2 arriba transcrito y de lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de adoptar las mismas medidas de seguridad que las impuestas al responsable del fichero, debiendo definirse en el contrato las medidas de seguridad concretas.



En la actualidad el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, constituye la normativa vigente en materia de medidas de seguridad aplicables a los tratamientos de datos de carácter personal. El artículo 80 de esta norma clasifica las medidas de seguridad aplicables a los ficheros o tratamientos de datos en tres niveles, debiendo adoptarse, en cada caso, el nivel correspondiente en función de la naturaleza de los datos a tratar.

Por otra parte, el artículo 20 del aludido Reglamento dispone en su número 2 que *“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.”*

Dicho precepto introduce un poder de supervisión sobre el encargado, que se traduce en que el responsable del fichero o tratamiento, además de exigir las garantías que considere oportunas al encargado del tratamiento con carácter previo a la celebración del contrato, estará legitimado para realizar controles durante el período de vigencia del mismo para verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas y adoptar las medidas correctoras oportunas.

Por consiguiente, al responsable incumbe un deber de diligencia tanto con carácter previo a la celebración del contrato, como a lo largo de la vigencia de éste para garantizar la seguridad de los datos, no obstante, las certificaciones a que hace referencia la consulta, tanto de protección como de destrucción de la documentación en soporte papel, no constituyen un requerimiento de la normativa de protección de datos, por lo que no resultan exigibles, sin perjuicio de que el consultante, pueda imponerlas en el contrato como medidas adicionales de control del proceso que se lleva a cabo.

Debe asimismo recordarse, y así debe figurar en el contrato, que el hecho de que la relación derivada del contrato sea la existente entre un responsable y un encargado del tratamiento implicará que al término de la relación sea aplicable lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de forma que *“una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”*. En el presente supuesto, sin embargo, el encargado del tratamiento deberá, de una parte, devolver los datos en un soporte diferente a aquél en que le fueron entregados y, de otra, proceder a la destrucción del soporte papel original, ya que en ello consiste precisamente la prestación contractual.



El incumplimiento de esta previsión llevará aparejada la consecuencia, prevista en el artículo 12.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de que *“En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente”*.