

**Dictamen en relació amb una consulta sobre la conveniència de publicar un projecte d'Ordre de creació de fitxers del Departament que actualment s'està tramitant**

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'un Departament de l'Administració de la Generalitat en el qual es demana que l'Autoritat emeti un dictamen per valorar la conveniència de publicar un projecte d'Ordre de creació de fitxers del Departament que actualment s'està tramitant.

En concret, exposa que el Departament està tramitant un Projecte d'ordre en relació amb el qual aquesta Autoritat ja ha emès dos informes. En l'actualitat el Projecte està pendent de demanar informe a la Comissió Jurídica Assessora. Atès que el Reglament (UE) 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell de 27 d'abril de 2016, general de protecció de dades (en endavant, RGPD), no preveu la necessitat de crear formalment els fitxers de titularitat pública, el Departament planteja la conveniència de la publicació (entenem que es refereix també a la l'aprovació) formal d'aquests fitxers a través de l'esmentada Ordre.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra documentació, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto el següent dictamen:

I

(...)

II

L'article 20.1 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD), estableix que *“la creación, modificación o supresión de los ficheros de las adm-nistraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín oficial del Estado» o diario oficial correspondiente.”*

D'acord amb la disposició final tercera de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat la creació, la modificació i la supressió dels fitxers s'ha de fer mitjançant una Ordre del Conseller o Consellera corresponent.

Per altra banda, de l'article 26 de la mateixa LOPD i l'article 11 de la Llei 32/2010 es desprèn la necessitat de notificar els fitxers creats pels departaments de l'Administració de la Generalitat al Registre de Protecció de Dades de Catalunya.

Totes aquestes obligacions, la de crear el fitxer, publicar la disposició de creació i notificar-ho al Registre de Protecció de Dades, s'han de dur a terme amb caràcter previ a l'inici del tractament.

No obstant el que s'acaba d'exposar, tal com apunta el Departament en la seva consulta, l'RGPD, de plena aplicació a partir del proper dia 25 de maig de 2018 (art. 99.2), no estableix la necessitat que els fitxers de titularitat pública s'hagin d'aprovar formalment a través d'una disposició de caràcter general.

Tot i que en algun article l'RGPD segueix fent referència al concepte de fitxer (per exemple, a l'art. 2.1 o a l'art. 4.6 que en dona la definició), l'RGPD prescindeix del concepte de fitxer a l'hora de regular les obligacions del responsable del tractament. Així, l'RGPD preveu l'existència d'un registre d'activitats del tractament que ha de portar cada responsable i encarregat (art. 30), però aquest registre, denominat registre d'activitats del tractament, no s'articula a partir del concepte de fitxer sinó a partir de la finalitat o les finalitats perseguides amb el tractament.

Cal tenir en compte que l'RGPD, malgrat ser una norma d'aplicació directa (no requereix transposició) i que gaudeix de supremacia respecte l'ordenament jurídic intern, no deroga formalment l'LOPD, sinó que només desplaça l'aplicabilitat de les normes internes que s'hi oposin. Per això, pot plantejar-se el dubte de si les previsions de l'LOPD, i en concret les seves previsions relatives a la necessitat de creació formal dels fitxers de titularitat pública a través d'una disposició de caràcter general que s'ha de publicar al butlletí oficial corresponent (art. 20 LOPD) i la necessitat de la seva notificació al registre de protecció de dades corresponent (art. 26) segueixen essent exigibles o no.

### III

Una de les finalitats perseguides per l'RGPD ha estat l'eliminació d'obstacles injustificats a la lliure circulació de les dades en els diferents països de la Unió Europea. En aquest sentit, els Considerants 9 i 10 de l'RGPD manifesten el següent:

*“(9) (...) Las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE.*

*(10) Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea.(...)”*

En aquest mateix sentit, la Comunicació de la Comissió Europea al Parlament i al Consell *“Major protecció, noves oportunitats: Orientacions de la Comissió sobre l'aplicació directa del Reglament general de protecció de dades a partir del 25 de maig de 2018”* (24.1.2018 COM(2018) 43 final), considera que:

*“El Reglamento supone la oportunidad para simplificar el entorno jurídico y, en consecuencia, tener un menor número de normas nacionales y una mayor claridad para los operadores.*

*Al adaptar su legislación nacional, los Estados miembros deben tener en cuenta que cualquier medida nacional que pueda obstaculizar la aplicabilidad directa del Reglamento y poner en peligro su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la UE es contraria a los Tratados.”*

En concret, i referit a la desaparició de l'obligació de notificar els fitxers al registre de protecció de dades que fins ara han portat les autoritats de protecció de dades, obligació estretament lligada a la creació formal dels fitxers, l'Avaluació d'impacte elaborada el 25 de gener de 2012 per la Comissió en el procés d'elaboració de la proposta de Reglament, afirmava el següent:

*“D'acord amb el document d'assessorament del Grup de Treball de l'article 29 sobre la notificació, un registre públic portat per una autoritat de protecció de dades ja no és la millor i més adequada manera perquè els individus entenguin què fa una organització amb les seves dades personals i amb qui posar-se en contacte quan les coses van malament.*

(...)

*Un registre bàsic per a tots els responsables de dades simplificaria els tràmits i permetria certes autoritats de protecció de dades continuar finançant-se amb un sistema basat en tarifes. No obstant això, si el sistema de registre fos un requisit general i no permetés excepcions del mateix nivell que les normes de notificació actuals, imposarien càrregues administratives addicionals, encara que reduïdes als controladors de dades dels Estats membres que han fet un ús extensiu de l'actual possibilitat d'exempcions i excepcions (per exemple, Suècia, Alemanya). Per altra banda, mantenir aquest tipus de marges tornaria a obrir la possibilitat de divergència en els estats membres, contràriament al principal objectiu polític perseguit (és a dir, simplificació i reducció de càrrega administrativa indeguda).*

*No obstant això, quedaria per sota de les expectatives de la gran majoria dels actors econòmics pels quals això representa una càrrega administrativa (innecessària), que no proporciona un valor afegit real per al titular de les dades. De fet, les mateixes autoritats de protecció de dades han reconegut que el registre actual, disponible a les seves dependències a partir de les notificacions rebudes: "ja no és la millor i més adequada manera perquè les persones entenguin què fa una organització amb les seves dades personals i amb qui contactar amb quan les coses van malament.*

*Si aquest sistema suposa un 50% dels costos actuals de les notificacions a les autoritats de protecció de dades (incloent-hi la càrrega addicional en aquells Estats membres que en gran part preveuen l'exempció de les notificacions actuals), llavors es pot suposar que el seu cost global ascendiria a uns 65 milions d'euros aproximadament cada any a la UE."*

La introducció a nivell nacional d'obligacions formals no previstes al RGPD, com seria l'establiment de requisits formals per a la creació de fitxers o la seva notificació aniria en contra dels objectius esmentats.

En aquesta línia, el projecte de nova Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal que actualment s'està tramitant al Congrés dels Diputats (BOCG 13-1, 24.11.2017), preveu la derogació de la Llei orgànica 15/1999, en tot allò que s'oposi al que estableix l'RGPD, i no inclou entre les seves previsions, cap referència a la necessitat d'aprovació dels fitxers de titularitat pública a través d'una disposició de caràcter general.

D'acord amb tot això, es pot concloure que a partir del proper dia 25 de maig de 2018, deixarien de ser aplicables les previsions de l'LOPD en relació amb la necessitat de creació dels fitxers de titularitat pública a través d'una disposició de caràcter general publicada al diari oficial corresponent i l'obligació de notificar-los al registre de protecció de dades corresponent.

Igualment, també deixarien de ser d'aplicació les previsions de l'article 11 de la Llei 32/2010, relatives a l'obligació de notificar els fitxers al Registre de Protecció de Dades de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i la disposició final tercera de la mateixa llei que, en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat, preveu que la creació, la modificació i la supressió dels fitxers s'ha de fer mitjançant una Ordre del Conseller o Consellera corresponent. També deixarien de ser d'aplicació les previsions concordants contingudes al Reglament de desplegament de l'LOPD (RLOPD), aprovat pel Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre.

#### IV

El que s'ha descrit fins ara fa referència al règim que serà aplicable a partir del 25 de maig de 2018, data en la qual es produirà la plena aplicabilitat de l'RGPD (art. 99.2 RGPD). Fins aquella data cal tenir en compte que tant la Llei orgànica 15/1999, com la Llei 32/2010 esmentada i el RLOPD segueixen essent plenament aplicables.

Això sens perjudici que, per aplicació del principi de retroactivitat de la norma sancionadora més favorable (art. 26.2 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic), una eventual infracció d'aquesta obligació podria acabar no essent sancionable.

En qualsevol cas, cal afegir també que, amb independència de la no exigibilitat de la creació dels fitxers mitjançant disposició de caràcter general, tant els fitxers que actualment ja estan creats com els que es contenen en el projecte de disposició que s'està tramitant poden constituir la base a partir de la qual es nodreixi el registre d'activitats del tractament previst a l'article 30 de l'RGPD, que, en el cas dels responsables del tractament, ha de contenir informació sobre:

- “a) El nom i les dades de contacte del responsable. Si escau, també del corresponsable, del representant del responsable i del delegat de protecció de dades.*
- b) Les finalitats del tractament.*
- c) Una descripció de les categories d'interessats i de les categories de dades personals.*
- d) Les categories de destinataris als quals s'han comunicat o es comunicaran les dades personals, inclosos els destinataris en tercers països o en organitzacions internacionals.*
- e) Si escau, les transferències de dades personals a un tercer país o a una organització internacional, inclosa la identificació d'aquest tercer país o organització internacional. En el cas de les transferències esmentades a l'article 49, apartat 1, paràgraf segon, a més, la documentació de garanties adequades.*
- f) Si és possible, els terminis previstos per suprimir les diferents categories de dades.*
- g) Si és possible, una descripció general de les mesures tècniques i organitzatives de seguretat.”*

A això cal afegir-hi que l'article 31.2 del projecte de nova Llei orgànica de protecció de dades a què abans hem fet referència preveu també que s'hi incorpori la base legal del tractament. Cas d'acabar aprovant-se aquesta disposició caldrà tenir-ho també en compte, així com la necessitat que sigui accessible per mitjans electrònics.

Per tant, a partir del 25 de maig de 2018 s'hauran d'haver incorporat al registre d'activitats de tractament que creï el Departament totes les activitats de tractament que duguin a terme o vulguin dur a terme els òrgans que en depenen.

D'acord amb les consideracions fetes en aquests fonaments jurídics en relació amb la consulta plantejada en relació amb la conveniència de publicar un projecte d'Ordre de creació de fitxers del Departament que actualment s'està tramitant, es fan les següents,

## **Conclusions**

A partir del dia 25 de maig de 2018 no és exigible la creació dels fitxers de titularitat pública mitjançant una disposició de caràcter general, sinó que és suficient amb la inclusió del tractament en el registre d'activitats del tractament que ha de portar cada responsable i encarregat del tractament, que haurà de contenir la informació detallada a l'article 30 RGPD i, si escau, la que estableixi la futura Llei orgànica de protecció de dades que actualment s'està tramitant.

Barcelona, 11 de abril de 2018