

Informe sobre el Projecte de Decret sobre les persones delegades de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic

Antecedents

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit en el que es demana que l'Autoritat emeti un informe sobre el Projecte de Decret sobre les persones delegades de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic.

Analitzat el Projecte, tenint en compte la normativa vigent aplicable, i d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica emeto l'informe següent:

Fonaments Jurídics

I

(...)

II

El Projecte de Decret que s'analitza té per objecte regular el model per a la implantació de la figura del delegat de protecció de dades als Departaments de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic.

El model incorporat al projecte acull diverses de les possibilitats previstes a l'RGPD. Així, es preveu que l'àmbit d'actuació de les persones delegades de protecció de dades comprèn el departament d'adscripció i les entitats que conformen el seu sector públic institucional. En el cas del Departament d'Educació inclouria també els centres docents. No obstant això, es preveuen també altres possibilitats:

- Les entitats del seu sector públic poden designar, prèvia autorització del departament d'adscripció, i en funció de la complexitat i volum de dades que gestionen, una persona delegada de protecció de dades.
- Atribució a una entitat del sector públic o encàrrec mitjançant un contracte de serveis.
- Possibilitat d'acordar la designació d'una persona delegada de protecció de dades sectorial, en atenció a l'especificitat i especial complexitat d'un determinat sector de l'activitat administrativa.
- Designació d'una única persona delegada de Protecció de Dades per a diversos departaments, per grups d'empreses o entitats del sector públic.
- Previsió de la possibilitat d'un sistema propi pel Departament de Salut.

Aquesta diversitat de models s'adequa plenament a les possibilitats previstes a l'article 37 del Reglament (UE) 2016/679, de 27 d'abril, general de protecció de dades (RGPD), que certament ofereix molta flexibilitat a l'hora de decidir el model pel qual s'opta.

Cal fer notar que, en l'àmbit de la Llei orgànica 7/2021 de 26 de maig, de protecció de dades personals tractades per a fins de prevenció, detecció, investigació i enjudiciament d'infraccions penals i d'execució de sancions penals (LOPDSPJP), s'estableix que en cas d'haver-se designat un delegat de protecció de dades en l'àmbit de l'RGPD, aquest assumirà les funcions de delegat també respecte l'àmbit inclòs a la LOPDSPJP (art. 40.2). Això no impediria però la designació d'un delegat específic per a aquestes autoritats, quan es consideri necessari.

Al respecte cal tenir en compte que l'article 40.3 LOPDSPJP preveu la possibilitat de designar un únic delegat de protecció de dades per a diverses autoritats competents (referència que cal entendre feta a les autoritats competents relacionades a l'article 4 de la Llei orgànica). En canvi, no es preveu que es pugui encarregar aquesta funció mitjançant un contracte de serveis. Per tant, convindria que en la regulació es tinguessin en compte les particularitats per a la designació del delegat de protecció de dades en aquestes autoritats competents.

A banda d'això, el Projecte també regula les funcions de les persones delegades de protecció de dades, el seu estatut personal, la designació i cessament, i la Comissió de coordinació de protecció de dades.

III

Pel que fa al contingut dels articles 4 (funcions) i 5 (estatut personal) del Projecte, que clarament excedeixen les qüestions organitzatives i que entren a regular aspectes substantius relatius a aquesta figura, el seu contingut ve a reproduir el que ja estableix la normativa vigent en matèria de protecció de dades.

Així, l'article 4 recull les funcions previstes a l'article 39 de l'RGPD, i les altres funcions que atribueix al delegat de protecció de dades la Llei orgànica 3/2018, de 7 de desembre, de protecció de dades personal i garantia dels drets digitals (LOPDGDD).

Per altra banda, l'article 5 (en concret els seus primers tres apartats) recull alguns aspectes de la regulació de la posició del delegat de protecció de dades regulats a l'article 38 de l'RGPD.

Sobre això, cal recordar que l'RGPD no habilita els estats membres a regular aquestes qüestions. És més, en la mesura que les previsions d'aquests articles reproduïxen la legislació vigent, cal tenir en compte el considerant 8 de l'RGPD, el qual estableix que *“En los casos en que el presente Reglamento establece que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, pueden incorporar a su Derecho nacional elementos*

del presente Reglamento.”. Amb més motiu caldrà evitar la reproducció innecessària de l’RGPD quan es tracti d’àmbits en els quals l’RGPD no es remet al drets dels estats membres.

Per tant, i en la mesura que la regulació continguda en aquests articles (article 4 i tres primers apartats de l’article 5) no resulta necessària per a la comprensió de la resta de la norma, es recomana limitar el contingut de la norma als aspectes organitzatius propis del model de delegat de protecció de dades implantat per l’Administració de la Generalitat i el seu sector públic, sense incorporar la regulació d’altres aspectes de la regulació aplicable a aquesta figura.

IV

L’article 6 regula la designació i el cessament de les persones delegades de protecció de dades.

D’entrada, cal fer un aclariment, perquè malgrat el títol de l’article sembla indicar que regula qualsevol supòsit en què es designi una persona física com a delegada de protecció de dades, després sembla que només es regula els casos en què la designació recaigui en personal de l’administració. En canvi, no es regula la designació quan recaigui en una persona que no formi part del personal de l’administració (per exemple quan es designa com a delegada de protecció de dades una persona física externa mitjançant un contracte de serveis).

Al marge d’això, el sistema de designació i cessament pel qual s’opta és la lliure designació.

Cal tenir en compte que si bé l’RGPD no estableix un sistema concret per a la provisió del lloc de delegat de protecció de dades, sí que estableix determinades condicions per garantir la seva qualificació, l’estabilitat i la independència.

Així, per una banda s’estableix que el delegat de protecció de dades s’ha de designar atenent a les seves qualitats professionals i, especialment, als coneixements especialitzats del dret, a la pràctica en matèria de protecció de dades i a la capacitat per exercir les funcions (art. 37.5 RGPD). I per altra banda, també s’estableix la prohibició que el delegat de protecció de dades rebi instruccions sobre l’exercici d’aquestes tasques (art. 38.3 RGPD), i que el responsable o l’encarregat no el poden destituir ni sancionar per exercir les seves funcions (art. 38.4 RGPD).

En termes similars es pronuncien l’article 36.2 de l’LOPDGDD i els articles 40.2 i 41.2 de l’LOPDSPJP.

La previsió del sistema de lliure designació (i, per tant, el lliure cessament inherent a aquesta figura), no s’avindria amb la naturalesa de la figura del delegat de protecció de dades.

En aquest sentit, l’article 80 de l’Estatut bàsic de l’empleat públic (EBEP), aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d’octubre, estableix el següent:

“1. La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública.

(...)

4. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. (...)”

Per la seva banda, l'article 63 de la refosa dels textos legals vigents en matèria de funció pública, aprovat pel Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, estableix:

“Es proveeixen per aquest sistema els llocs de subdirector general i de secretari d'alt càrrec i aquells altres llocs de caràcter directiu o d'especial responsabilitat o que per la naturalesa de les seves funcions es determinin en les relacions de llocs de treball. El titular del centre directiu, l'organisme o l'entitat en què figuri el lloc convocat ha d'emetre un informe previ al nomenament corresponent.”

I en aquest sentit, reiterada jurisprudència del Tribunal Suprem recorda el caràcter excepcional d'aquest procediment de provisió, que en qualsevol cas ha d'estar justificat per les concretes característiques del lloc de treball. Serveixi com exemple la STS de 30 de maig de 2013 (rec. 2398/2012) que recull la doctrina jurisprudencial sobre aquesta qüestió

“Como complemento de lo anterior debe recordarse lo que la reciente sentencia de esta Sala de 31 de julio de 2012 (RJ 2012, 9144) (Casación 1206/2010) tiene declarado sobre la justificación que requiere el sistema de libre designación.

En ella se subrayó lo siguiente:

« 1.- La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter excepcional que la Ley asigna a este sistema de libre designación y en la necesidad de que cuando se considere necesario acudir a él se haga, también excepcionalmente, y justificando, caso por caso, por qué debe utilizarse [así se han manifestado, entre otras, la sentencias de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2153) (casación 2332/2005), 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 960) (casación 7168/2004), 10 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 8088) (casación 10351/2004), 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7246) (casación 5231/2004), 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 6725) (casación 1573/2004), 7 de abril de 2008 (RJ 2008, 2412) (casación 7657/2003), 17 de diciembre de 2007 (casación 596/2005), 17 de septiembre de 2007 (casación 5466/2002), 16 de julio de 2007 (RJ 2007, 6783) (casación 1792/2004)].

Habiéndose de añadir que esa justificación, para que pueda ser considerada suficiente, exige describir las concretas circunstancias y cometidos concurrentes en el puesto de que se trate que permitan valorar si es o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez del

sistema de libre designación, y que no bastan a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto.”

El sistema de lliure designació previst en el Projecte pot incidir negativament en el compliment de l'exigència de no sotmetiment a instruccions, o la impossibilitat de cessament per causes derivades de l'exercici de les seves funcions que l'ordenament jurídic preveu per a la figura del delegat de protecció de dades. I això tenint en compte, a més, que amb caràcter general els llocs de treball amb un nivell retributiu equivalent al que en principi es preveu en el Projecte de decret (nivell retributiu de cap de servei), no es proveeixen normalment per aquest sistema.

En aquest sentit, resulten d'interès els termes en els quals es va pronunciar el Grup de Treball de l'article 29 a les seves Directrius sobre els delegats de protecció de dades (WP 243), assumides també pel Comitè Europeu de Protecció de Dades en la seva primera sessió:

“En este contexto, cabe señalar que el RGPD no especifica cómo o cuándo puede un DPD ser destituido o sustituido por otra persona. No obstante, cuanto más estable sea el contrato del DPD y más garantías existan contra el despido improcedente, más probabilidad habrá de que el DPD pueda actuar con independencia. Por tanto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 acogería con satisfacción los esfuerzos de las organizaciones en este sentido.”

I aquestes consideracions no es veuen desvirtuades pel fet que en el Decret es prevegi la designació per un període de cinc anys (que té un difícil encaix en la regulació legal de la figura de la lliure designació), doncs, lluny d'operar com una garantia d'estabilitat, i a diferència de la resta de llocs de treball de l'administració que es proveeixen per concurs, això comportaria disminuir les garanties d'estabilitat d'aquests treballadors públics i podria comprometre la seva capacitat de lliure actuació.

Aquestes consideracions serien aplicables també, en general, al caràcter temporal, limitat a 5 anys, previst a l'article 7.2 del Projecte.

V

L'article 8 del Projecte crea la Comissió de Coordinació de Protecció de Dades, que té la funció de garantir la coordinació i la homogeneïtat en l'elaboració i aplicació de criteris d'actuació en l'exercici de les funcions assignades a les persones delegades de protecció de dades en l'àmbit del decret.

Tot i que cal valorar positivament la creació d'un òrgan que permeti la col·laboració entre les diferents persones delegades de protecció de dades, amb vistes a una aplicació homogènia de la normativa de protecció de dades, i atesa la definició del contingut dels principis de col·laboració, cooperació i coordinació de l'article 140 de la Llei 40/2015, de l'11 d'octubre de règim jurídic del sector públic, resultaria més adequat referir-s'hi com un òrgan de col·laboració o cooperació. La nota de l'obligatorietat inherent a la coordinació (art. 140.1.e) LRJSP) s'avé poc amb la independència de la qual ha de gaudir cada persona delegada de protecció de dades en el seu àmbit d'actuació.

VI

Altres qüestions:

- L'art. 6.4 del Projecte estableix que *“La designació i el cessament de la persona delegada de Protecció de Dades s’ha de comunicar per l’òrgan competent, en un termini de deu dies, a l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades.”* Atès el que disposen l'article 37.7 de l'RGPD, l'article 34.3 LOPDGDD i l'article 40.4 de l'LOPDSPJP, la referència a l'òrgan competent, s'hauria de substituir per una referència al responsable del tractament. Això sens perjudici que en els cas d'entitats diferents que depenguin d'un altre òrgan (per exemple entitats del sector públic dependents d'un departament, o els centres educatius), pugui ser l'òrgan del qual depenen el que ho comuniqui

- L'apartat primer de la disposició addicional estableix que *“El departament competent en matèria d'educació designarà una persona delegada de protecció de dades que exercirà les seves funcions en relació al departament i els centres docents.”*

Convindria aclarir que la referència als centres docents cal entendre-la feta als centres docents que depenen del Departament, i no en canvi als centres docents concertats o els privats.

- L'apartat 2 de la disposició addicional estableix que *“Mitjançant Acord del Govern, el departament competent en matèria de salut organitza un sistema propi de delegacions de protecció de dades que abasta el departament i els centres sanitaris. La persona delegada de Protecció de Dades representa les delegacions dels centres sanitaris en la Comissió de coordinació de protecció de dades.”*

La utilització del terme “delegacions” en aquest article pot induir a confusió amb la figura de la delegació de competències. Per això, es recomana emprar l'expressió “delegat de protecció de dades”

Conclusions

Examinat el Projecte de decret sobre les persones delegades de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic, es considera adequat a les previsions establertes a la normativa sobre protecció de dades personals, sempre que es tinguin en compte les consideracions fetes en aquest informe.

Barcelona, 22 de juliol de 2022