

Informe sobre el Proyecto de Decreto sobre las personas delegadas de protección de datos de la Administración de la Generalidad y su sector público

Antecedentes

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito en el que se pide que la Autoridad emita un informe sobre el Proyecto de Decreto sobre las personas delegadas de protección de datos de la Administración de la Generalidad y su sector público

Analizado el Proyecto, teniendo en cuenta la normativa vigente aplicable, y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica emito el siguiente informe:

Fundamentos Jurídicos

Y

(...)

II

El Proyecto de Decreto que se analiza tiene por objeto regular el modelo para la implantación de la figura del delegado de protección de datos en los Departamentos de la Administración de la Generalidad y su sector público.

El modelo incorporado en el proyecto acoge varias de las posibilidades previstas en el RGPD. Así, se prevé que el ámbito de actuación de las personas delegadas de protección de datos comprende el departamento de adscripción y las entidades que conforman su sector público institucional. En el caso del Departamento de Educación incluiría también a los centros docentes. Sin embargo, se prevén también otras posibilidades:

- Las entidades de su sector público pueden designar, previa autorización del departamento de adscripción, y en función de la complejidad y volumen de datos que gestionan, una persona delegada de protección de datos.
- Atribución a una entidad del sector público o encargo mediante un contrato de servicios.
- Posibilidad de acordar la designación de una persona delegada de protección de datos sectorial, en atención a la especificidad y especial complejidad de uno determinado sector de la actividad administrativa.

- Designación de una única persona delegada de Protección de Datos para varios departamentos , por grupos de empresas o entidades del sector público .
- Previsión de la posibilidad de un sistema propio por Departamento de Salud .

Esta diversidad de modelos se adecua plenamente a las posibilidades previstas en el artículo 37 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, general de protección de datos (RGPD), que ciertamente ofrece mucha flexibilidad a la vez decidir el modelo por el que se opta.

Cabe destacar que, en el ámbito de la Ley orgánica 7/2021 de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (LOPDSPJP), se establece que en caso de haberse designado un delegado de protección de datos en el ámbito del RGPD, éste asumirá las funciones de delegado también respecto al ámbito incluido en la LOPDSPJP (art. 40.2). Ello no impediría sin embargo la designación de un delegado específico para estas autoridades, cuando se considere necesario.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 40.3 LOPDSPJP prevé la posibilidad de designar un único delegado de protección de datos para diversas autoridades competentes (referencia a entender hecha a las autoridades competentes relacionadas en el artículo 4 de la Ley orgánica) . Sin embargo, no se prevé que se pueda encargar esta función mediante un contrato de servicios. Por tanto, convendría que en la regulación se tuvieran en cuenta las particularidades para la designación del delegado de protección de datos en estas autoridades competentes.

Aparte de esto, el Proyecto también regula las funciones de las personas delegadas de protección de datos, su estatuto personal, la designación y cese, y la Comisión de coordinación de protección de datos.

III

En cuanto al contenido de los artículos 4 (funciones) y 5 (estatuto personal) del Proyecto, que claramente exceden las cuestiones organizativas y que entran a regular aspectos sustantivos relativos a esta figura, su contenido viene a reproducir lo que ya establece la normativa vigente en materia de protección de datos.

Así, el artículo 4 recoge las funciones previstas en el artículo 39 del RGPD, y las demás funciones que atribuye al delegado de protección de datos la Ley orgánica 3/2018, de 7 de diciembre, de protección de datos personal y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Por otra parte, el artículo 5 (en concreto, sus primeros tres apartados) recoge algunos aspectos de la regulación de la posición del delegado de protección de datos regulados en el artículo 38 del RGPD.

Al respecto, cabe recordar que el RGPD no habilita a los Estados miembros a regular estas cuestiones. Es más, en la medida en que las previsiones de estos artículos reproducen la

legislación vigente, es necesario tener en cuenta el considerante 8 del RGPD, el cual establece que “ *En los casos en que el presente Reglamento establece que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros , éstos, 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.*”. Con mayor motivo se deberá evitar la reproducción innecesaria del RGPD cuando se trate de ámbitos en los que el RGPD no se remite a los derechos de los Estados miembros.

Por tanto, y en la medida en que la regulación contenida en estos artículos (artículo 4 y tres primeros apartados del artículo 5) no resulta necesaria para la comprensión del resto de la norma, se recomienda limitar el contenido de la norma a los aspectos organizativos propios del modelo de delegado de protección de datos implantado por la Administración de la Generalidad y su sector público, sin incorporar la regulación de otros aspectos de la regulación aplicable a esta figura.

IV

El artículo 6 regula la designación y el cese de las personas delegadas de protección de datos.

De entrada, hay que hacer una aclaración, porque a pesar del título del artículo parece indicar que regula cualquier supuesto en el que se designe a una persona física como delegada de protección de datos, después parece que sólo se regula los casos en que la designación recaiga en personal de la administración. En cambio, no se regula la designación cuando recaiga en una persona que no forme parte del personal de la administración (por ejemplo, cuando se designa como delegada de protección de datos a una persona física externa mediante un contrato de servicios).

Al margen de esto, el sistema de designación y cese por el que se opta es la libre designación.

Hay que tener en cuenta que si bien el RGPD no establece un sistema concreto para la provisión del puesto de delegado de protección de datos, sí establece determinadas condiciones para garantizar su calificación, estabilidad e independencia.

Así, por un lado se establece que el delegado de protección de datos debe designarse atendiendo a sus cualidades profesionales y, especialmente, a los conocimientos especializados del derecho, a la práctica en materia de protección de datos ya la capacidad para ejercer las funciones (art. 37.5 RGPD). Y por otra parte, también se establece la prohibición de que el delegado de protección de datos reciba instrucciones sobre el ejercicio de estas tareas (art. 38.3 RGPD), y que el responsable o el encargado no pueden destituirlo ni sancionarlo por ejercer sus funciones (art. 38.4 RGPD).

En términos similares se pronuncian el artículo 36.2 del LOPDDDD y los artículos 40.2 y 41.2 del LOPPDSPJP.

La previsión del sistema de libre designación (y, por tanto, el libre cese inherente a esta figura), no se avendría con la naturaleza de la figura del delegado de protección de datos.

En este sentido, el artículo 80 del Estatuto básico del empleado público (EBEP), aprobado por el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece lo siguiente:

“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 . (...)”

Por su parte, el artículo 63 de la refundición de los textos legales vigentes en materia de función pública, aprobado por el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, establece:

proveen por este sistema los puestos de subdirector general y de secretario de alto cargo y aquellos otros puestos de carácter directivo o de especial responsabilidad o que por la naturaleza de sus funciones se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. El titular del centro directivo, el organismo o la entidad en que figure el puesto convocado debe emitir un informe previo al nombramiento correspondiente .”

Y en este sentido, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda el carácter excepcional de este procedimiento de provisión, que en cualquier caso debe estar justificado por las concretas características del puesto de trabajo. Sirva como ejemplo la STS de 30 de mayo de 2013 (rec. 2398/2012) que recoge la doctrina jurisprudencial al respecto

“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 subraya lo siguiente :

« 1.- La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter excepcional de 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) de diciembre de 2008 (RJ 2008, 8088) (casación 10351/2004) , 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7246) 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 5667 (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 se o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad de quienes 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 libre designación previsto en el Proyecto puede incidir negativamente en el cumplimiento de la exigencia de no sometimiento a instrucciones, o la imposibilidad de cese por causas derivadas del ejercicio de sus funciones que el ordenamiento jurídico prevé para la figura del delegado de protección de datos. Y esto teniendo en cuenta, además, que a todos los efectos los puestos de trabajo con un nivel retributivo equivalente al que en principio se prevé en el Proyecto de Decreto (nivel retributivo de jefe de servicio), no se proveen normalmente por este sistema.

En este sentido, resultan de interés los términos en los que se pronunció el Grupo de Trabajo del artículo 29 en sus Directrices sobre los delegados de protección de datos (WP 243), asumidas también por el Comité Europeo de Protección de Datos en su primera sesión:

“En este contexto , cabe señalar que el RGPD no especifica cómo o cuándo puede un DPD ser destituido o sustituido por otra persona. Sin embargo , cuanto más estable sea el contrato del DPD y más garantías existan contra el despido improcedente , más probabilidad deberá 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 .”

Y estas consideraciones no se ven desvirtuadas por el hecho de que en el Decreto se prevea la designación por un período de cinco años (que tiene un difícil encaje en la regulación legal de la figura de la libre designación), pues, lejos de operar como una garantía de estabilidad, ya diferencia del resto de puestos de trabajo de la administración que se proveen por concurso, esto comportaría disminuir las garantías de estabilidad de estos trabajadores públicos y podría comprometer su capacidad de libre actuación.

Estas consideraciones serían aplicables también, por lo general, al carácter temporal, limitado a 5 años, previsto en el artículo 7.2 del Proyecto.

V

El artículo 8 del Proyecto crea la Comisión de Coordinación de Protección de Datos, cuya función es garantizar la coordinación y la homogeneidad en la elaboración y aplicación de criterios de actuación en el ejercicio de las funciones asignadas a las personas delegadas de protección de datos en el ámbito del decreto.

Aunque es necesario valorar positivamente la creación de un órgano que permita la colaboración entre las diferentes personas delegadas de protección de datos, con vistas a una aplicación homogénea de la normativa de protección de datos, y dada la definición del contenido de los principios de colaboración, cooperación y coordinación del artículo 140 de la Ley 40/2015, del 1 de octubre de régimen jurídico del sector público, resultaría más adecuado referirse a él como un órgano de colaboración o cooperación. La nota de la obligatoriedad inherente a la coordinación (art. 140.1.e) LRJSP) se aviene poco con cuya

independencia debe disfrutar cada persona delegada de protección de datos en su ámbito de actuación.

VI

Otras cuestiones:

- El art. 6.4 del Proyecto establece que "*La designación y el cese de la persona delegada de Protección de Datos debe comunicarse por el órgano competente, en un plazo de diez días, a la Autoridad Catalana de Protección de Datos .*" Dado lo que disponen el artículo 37.7 del RGPD, el artículo 34.3 LOPDGDD y el artículo 40.4 del LOPDSPJP, la referencia al órgano competente, debería sustituirse por una referencia al responsable del tratamiento. Esto sin perjuicio de que en el caso de entidades distintas que dependan de otro órgano (por ejemplo entidades del sector público dependientes de un departamento, o los centros educativos), pueda ser el órgano del que dependen el que lo comunique

- El apartado primero de la disposición adicional establece que "*El departamento competente en materia de educación designará a una persona delegada de protección de datos que ejercerá sus funciones en relación al departamento y los centros docentes.*".

Convendría aclarar que la referencia a los centros docentes debe entenderse hecha a los centros docentes que dependen del Departamento, y no en cambio a los centros docentes concertados o los privados.

- El apartado 2 de la disposición adicional establece que "*Mediante Acuerdo del Gobierno, el departamento competente en materia de salud organiza un sistema propio de delegaciones de protección de datos que abarca el departamento y los centros sanitarios. La persona delegada de Protección de Datos representa a las delegaciones de los centros sanitarios en la Comisión de coordinación de protección de datos .*"

La utilización del término "delegaciones" en este artículo puede inducir a confusión con la figura de la delegación de competencias. Por ello, se recomienda utilizar la expresión "delegado de protección de datos"

Conclusiones

Examinado el Proyecto de Decreto sobre las personas delegadas de protección de datos de la Administración de la Generalidad y su sector público, se considera adecuado a las previsiones establecidas en la normativa sobre protección de datos personales, siempre que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en este informe.

Barcelona, 22 de julio de 2022