

Dictamen en relació amb la consulta formulada sobre un possible conflicte d'interessos del delegat de protecció de dades.

Antecedents

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit (...) en el que exposa:

“Que el passat mes de novembre de 2023 (...) ens va lliurar el document (...) a fi i efecte del que està previst a l'art. 5.1 de la Llei 2/2023, de 20 de febrer, reguladora de la protecció de les persones que informin sobre i infraccions i normatives i de lluita contra la corrupció.

El dia 5 de desembre de 2023 li adjuntem el nostre informe (...) i en el punt 7 del mateix els fem saber que considerem que existeix un conflicte d'interessos ja que el Delegat de protecció de dades és també el (...), que a la vegada forma part de l'òrgan col·legiat Responsable del sistema (...).

l sol·licita el parer de l'Autoritat sobre si el delegat de protecció de dades pot ser alhora el director dels serveis jurídics i membre de l'òrgan col·legiat de l'equip de gestió del sistema intern d'informació que es vol implantar a l'empara de la Llei 2/2023, si es considera que és independent i si pot existir conflicte d'interessos.

Analitzada la consulta, que no s'acompanya de cap altra informació, vista la normativa vigent aplicable, vist l'informe de l'Assessoria Jurídica, s'emet l'informe següent:

Fonaments Jurídics

I

(...)

II

Vist el règim aplicable al DPD, el (...) planteja si és possible que concorri la condició de delegat de protecció de dades (en endavant, DPD) en la mateixa persona que ostenta els càrrecs de director dels serveis jurídics i de membre de l'òrgan col·legiat responsable de l'equip de gestió del sistema intern d'informació que es vol implantar a l'empara de la Llei 2/2023, la qual cosa obliga a examinar les previsions establertes sobre aquesta figura en la normativa de protecció de dades.

L'article 37 del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD), regula la designació del DPD en els termes següents:

“3. Cuando el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público, se podrá designar un único delegado de protección de datos para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño. (...).

5. El delegado de protección de datos será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 39.

6. El delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios. (...)

Per la seva part, l'article 38 de l'RGPD concreta la posició del DPD en l'estructura organitzativa del responsable del tractament i de l'encarregat del tractament, en els termes següents:

“1. El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales.

2. El responsable y el encargado del tratamiento respaldarán al delegado de protección de datos en el desempeño de las funciones mencionadas en el artículo 39, facilitando los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones y el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento, y para el mantenimiento de sus conocimientos especializados.

3. El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado.

4. Los interesados podrán ponerse en contacto con el delegado de protección de datos por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos al amparo del presente Reglamento.

5. El delegado de protección de datos estará obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

6. El delegado de protección de datos podrá desempeñar otras funciones y cometidos. El responsable o encargado del tratamiento garantizará que dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.”

I l'article 39 de l'RGPD determina les funcions pròpies del DPD, tot establint el següent:

“1. El delegado de protección de datos tendrá como mínimo las siguientes funciones:

a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente

Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros;

- b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;
- c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35;
- d) cooperar con la autoridad de control;
- e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto.

2. El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento.”

Al seu torn, cal tenir en compte les previsions dels articles 34 a 37 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant, LOPDGDD), que complementen els articles de l'RGPD transcrits.

Del conjunt d'aquesta regulació es desprèn, als efectes que interessin en el present cas, les següents consideracions:

- Totes les administracions públiques i llurs organismes públics vinculats o dependents, que actuïn com a responsables o encarregats del tractament de dades personals, han de designar obligatòriament un DPD (article 37.1.a) RGPD). És possible designar un únic DPD per a diverses d'aquestes administracions i organismes públics. Dependrà de llur estructura organitzativa i dimensió (article 37.3 RGPD). No obstant això, no es pot descartar que, en estructures administratives complexes, resulti més adequat disposar de varis DPD.
- El DPD pot formar part de la plantilla de l'administració pública (DPD intern) o bé es poden contractar els serveis oferts per un professional o una organització/empresa aliena a l'organització de l'administració pública (DPD extern) (article 37.6 RGPD). Per tant, el DPD pot ser una persona física o una persona jurídica. Així doncs, les funcions del DPD poden ésser assumides per una única persona, qui pot estar recolzada per un equip de treball o una unitat específicament dedicada a la protecció de dades, o també per varies persones que treballen en equip.
- El DPD pot desenvolupar les seves funcions a temps complet o bé a temps parcial (article 38.6 RGPD) en funció, entre altres criteris, del volum dels tractaments, la categoria especial de les dades tractades o dels riscos per als drets o llibertats dels interessats (article 34.5 LOPDGDD) i ha d'actuar, en tot moment, amb plena independència (article 38.3 RGPD). Per tant, cal evitar qualsevol possible conflicte d'interessos en l'exercici de les funcions de DPD (articles 38.6 RGPD i 36.2 LOPDGDD).
- El DPD ha de comptar amb coneixements especialitats del dret i la pràctica de la protecció de dades.

III

Com s'ha vist, l'RGPD ofereix diferents possibilitats pel que fa al nomenament i posició del DPD en l'organització de les entitats que l'han de designar en els supòsits establerts legalment o que volen designar un voluntàriament. Així, pot ser un únic DPD o poden ser-ne varis, pot ser un DPD intern o bé extern, pot ser una persona física o bé una persona jurídica i, per tant, també pot ser un equip de professionals.

Així, la fórmula adoptada per al nomenament o designació del DPD pot dir-se, per tant, que depèn de la decisió que en aquest sentit pugui adoptar l'entitat responsable del tractament, com a conseqüència de la seva autonomia organitzativa. Des d'aquesta perspectiva, cabria per tant l'opció de designar com a DPD la mateixa persona que forma part de la plantilla de l'entitat pública.

Ara bé, cal tenir present que aquesta designació és una decisió de l'entitat pública responsable del tractament que en qualsevol cas s'ha d'ajustar als requisits que estableix la normativa de protecció de dades. Per tant, seria necessari acreditar que aquesta persona designada disposa de les competències professionals a què fa referència l'article 37.5 de l'RGPD i garantir que aquesta persona pot exercir les seves funcions de manera independent, evitant qualsevol conflicte d'interès.

Tenint en compte que el DPD actua com assessor i supervisor intern del compliment de l'RGPD i l'LOPDGDD, a més de servir com a punt de contacte i interlocutor entre l'organització, les autoritats de protecció de dades i les persones interessades (articles 38.4 i 39.1 RGPD, i article 36 LOPDGDD), sembla clar que no pot alhora desenvolupar altres funcions incompatibles, en el sentit que comporti participar en la presa de decisions sobre l'existència de tractaments de dades o sobre la manera en què aquestes dades han de tractar-se.

Així, el considerant 97 del RGPD recull expressament el caràcter independent del DPD al disposar:

"(...) Tales delegados de protección de datos, sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben de estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente".

L'article 36.2 de la LOPDGDD disposa:

"Quan es tracti d'una persona física integrada a l'organització del responsable o encarregat del tractament, el delegat de protecció de dades no pot ser remogut ni sancionat pel responsable o l'encarregat per exercir les seves funcions llevat que incorri en dol o negligència greu en el seu exercici. S'ha de garantir la independència del delegat de protecció de dades dins de l'organització, i cal evitar qualsevol conflicte d'interessos".

A més, tal com hem referit anteriorment, els apartats 3 i 6 de l'article 38 de l'RGPD reforcen aquesta independència en assenyalar expressament:

"3. El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por

desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado.

(...)

6. El delegado de protección de datos podrá desempeñar otras funciones y cometidos. El responsable o encargado del tratamiento garantizará que dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.”

Per tant, d'aquests preceptes s'infereix que els responsables del tractament i els encarregats del tractament tant en el moment de designar el DPD com durant tot el període d'exercici de les seves funcions, han de vetllar per aquesta independència i han de garantir que no hi hagi conflicte d'interessos.

En altres paraules, l'absència de conflicte d'interessos està estretament lligada a l'exercici de funcions amb plena independència.

IV

En aquest cas concret, la persona designada com a delegada de protecció de dades ocupa dos càrrecs més. Per una banda, ostenta el càrrec de membre l'òrgan col·legiat Responsable del sistema “(...), per una altra banda, ocupa el càrrec de director dels serveis jurídics (...).

Pel que fa al càrrec de membre de l'òrgan col·legiat Responsable del sistema (...) la Llei 2/2023 de 20 de febrer, reguladora de la protecció de les persones que informen sobre infraccions normatives i de lluita contra la corrupció (en endavant, Llei 2/2023) disposa que “El Responsable del Sistema deberá desarrollar sus funciones de forma independiente i autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo, no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio, y deberá disponer de todos los medios personales y materiales necesarios para llevarlas a cabo.” (article 8.4).

El règim jurídic del tractament de les dades personals que es derivin de l'aplicació d'aquesta llei, es regirà pel que disposa el RGPD i la LOPDGDD i per 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.(article 29).

Respecte el tractament de les dades personals en el Sistema intern d'informació, l'article 32.1 disposa que l'accés a les dades personals contingudes en el Sistema intern d'informació queda limitat, dintre de l'àmbit de les seves competències i funcions, exclusivament a “c) El responsable de los servicios jurídicos de la entidad u organismo, si procediera la adopción de medidas legales en relación con los hechos relatados en la comunicación” i “e) El delegado de protección de datos.”

Pel que fa al càrrec de Director dels serveis jurídics de (...) i a falta d'informació, el Director dels serveis jurídics, pot desenvolupar, entre d'altres, les tasques de l'àrea legal, com l'assistència i representació en judicis, vetllar pel compliment normatiu, assegurar que l'adequació dels procediments, polítiques i accions s'ajustin a la normativa en vigor i als estàndard ètics aplicables en el seu àmbit d'actuació.

(...) Per tant, forma part del sector públic de la Generalitat de Catalunya.

L'article 2 Decret 148/2023, d'1 d'agost, sobre les persones delegades de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic (en endavant, Decret 148/2023) disposa:

1. Els departaments de l'Administració de la Generalitat han de designar una persona delegada de protecció de dades.

2. Amb l'autorització prèvia de la secretaria general del departament d'adscripció, les entitats del seu sector públic institucional vinculades o dependents poden designar, en funció de la complexitat, el volum, o la categoria o categories especials de les dades que gestionen, una persona delegada de protecció de dades. Les funcions de la persona delegada de protecció de dades també poden atribuir-se a una entitat del sector públic o encarregar-se mitjançant un contracte de serveis.

En conseqüència, li resulta d'aplicació a (...) el règim jurídic del Decret 148/2023 previst per les entitats del sector públic de la Generalitat, això és, la possibilitat potestativa de designar una persona delegada de protecció de dades, en els termes de l'article 2.2 Decret 148/2023. Aquest Decret reforça la independència del DPD en dotar d'un règim jurídic les persones delegades de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic institucional.

En aquest sentit, estableix que el DPD actua, en l'exercici de les seves funcions, amb plena independència funcional i no està subjecte a instruccions, ordres de servei i recomanacions del responsable del tractament ni de cap altre òrgan de l'organització. (article 2.4) i determina que s'ha de garantir la seva independència dins l'organització i s'ha d'evitar qualsevol conflicte d'interessos (article 5).

Pel que fa als possibles conflictes d'interessos, l'article 7.3 concreta que "s'ha de garantir que l'atribució de funcions de delegat o delegada de protecció de dades amb caràcter parcial no dona lloc a situacions de conflicte d'interès. En particular, no poden acumular-se les funcions de delegat o delegada de protecció de dades a altres llocs de treball amb funcions que impliquin la participació en la presa de decisions sobre l'existència de tractaments de dades o sobre la manera en què aquestes dades han de tractar-se."

En aquest sentit, exigeix que amb caràcter previ a l'atribució de funcions de caràcter parcial es disposi d'un informe favorable sobre la inexistència de les situacions de conflicte d'interès. Aquest informe ha de ser emès conjuntament per la unitat directiva competent en matèria de coordinació interdepartamental i suport en matèria de protecció de dades i per la unitat directiva competent en matèria de bon govern (article 7.4).

A més, quan defineix les funcions de la Comissió de Coordinació de Protecció de Dades, en concret la de vetllar per la coordinació i l'homogeneïtat en l'aplicació de criteris d'actuació en l'exercici de les funcions assignades als delegats de protecció de dades en l'àmbit d'aquest Decret, disposa que ho ha de fer respectant la independència dels delegats en l'exercici de les funcions (article 8.2).

Així, en aquest cas, per tal d'evitar conflictes d'interessos, convindria que la persona designada com delegada de protecció de dades no acumulés alhora el càrrec de Director dels serveis jurídics ni de membre de l'òrgan col·legiat del responsable del sistema de intern

d'informació en (...), ja que, l'exercici de les seves funcions pot implicar la participació en la presa de decisions sobre l'existència de tractaments de dades o sobre la manera en què aquestes dades han de tractar-se.

Per altra banda, Grup de Treball de l'article 29 (avui dia Comitè Europeu de Protecció de Dades) en les Directrius sobre els delegats de protecció de dades (DPD), exposa que els llocs directius o de comandament però també altres llocs inferiors en l'estructura organitzativa que intervinguin, directament o indirectament, en el tractament de dades personals, fins i tot, llocs de representació jurídica, són àmbits en què potencialment o objectivament poden sorgir conflictes d'interessos.

Per tant, s'hauria d'evitar acumular aquestes tasques amb les pròpies del DPD. Així, un exemple de possible conflicte d'interès seria acumular les funcions de DPD amb les de responsable de TIC o de seguretat de la informació, o, si es demana a un DPD que representi al responsable o a l'encarregat del tractament davant dels tribunals en supòsits relacionats amb la protecció de dades.

En la mateixa línia, el Comitè Europeu de Protecció de Dades, en data 16 de gener de 2024, ha elaborat un informe sobre una acció d'execució coordinada, sobre la designació i el càrrec dels delegats de protecció de dades que va dur a terme conjuntament amb autoritats de controls de diferents països, on consensua una sèrie de recomanacions, entre d'altres, estableix que les autoritats de control han de portar a terme més iniciatives i accions per poder verificar que els responsables del tractament i els encarregats del tractament tenen les salvaguardes adequades en els seus procediments per garantir que el DPD no sigui responsable de dur a terme tasques que condueixin a un conflicte d'interessos, a més, es recomana que les entitats i els DPD formalitzessin una "carta de compromís" per fixar les tasques i condicions del DPD.

Cal assenyalar, que si bé les directrius i l'informe citat, es tracten de recomanacions o suggeriments que no són d'obligat compliment, és més cert, que orienten, en aquest cas a l'empresa pública cap a on dirigir les actuacions per garantir que no es produeixi un conflicte d'interès.

Per últim, des del punt de vista jurisprudencial, el TJUE consolida els criteris d'interpretació que el Comitè Europeu de Protecció de Dades ja havia apuntat en les referides Directrius, en concret, en la sentència de 9 de febrer de 2023 es va pronunciar expressament sobre aquest tema, amb motiu d'una qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Federal del Treball (tribunal suprem d'última instància en qüestions laborals) on es referia al conflicte d'interessos i el TJUE, clarifica que el RGPD no s'oposa al fet que una mateixa persona pugui desenvolupar al mateix temps les funcions de DPD i altres funcions com a responsable del tractament o de l'encarregat del tractament. Ara bé, recalca que el responsable del tractament o l'encarregat del tractament han de vetllar perquè aquestes "altres funcions" no impliquin un conflicte d'interessos, de manera que no es pot encomanar al DPD l'execució de funcions o tasques que puguin perjudicar l'exercici de les funcions pròpies o principals que du a terme com a DPD.

En aquest sentit, afegeix que el DPD té per funció, en particular, supervisar el compliment del que estats membres i les polítiques del responsable del tractament o de l'encarregat del tractament en matèria de protecció de dades personals, incloent-hi l'assignació de responsabilitats, la conscienciació i la formació del personal que participa en les operacions

de tractament i les auditories corresponents. Per això, el Tribunal dedueix que no es poden encomanar a un DPD funcions o tasques que el portin a determinar les finalitats i els mitjans del tractament de dades personals del RT o del seu ET. I això perquè el DPD ha d'avaluar, examinar i si s'escau "qüestionar" aquest tractament, cosa que ha d'efectuar amb total llibertat i, per tant, s'ha de garantir que pugui actuar de manera independent.

Finalment, el Tribunal va concloure que "l'article 38, apartat 6, del RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que hi pot haver un conflicte d'interessos, en el sentit d'aquesta disposició, quan s'encomanin a un delegat de protecció de dades altres funcions o tasques que portarien a aquest a determinar els fins i els mitjans del tractament de dades personals al si del responsable del tractament o del seu encarregat, la qual cosa pertoca determinar en cada cas al jutge nacional sobre la base de totes les circumstàncies pertinents, en particular de l'estructura organitzativa del responsable del tractament o del seu encarregat i en vista de tota la normativa aplicable, incloent-hi les eventuais polítiques d'aquests darrers".

Cal recordar que la decisió última sobre com dur a terme una determinada activitat del tractament correspon, sempre, al responsable o a l'encarregat del tractament, però és essencial que el DPD pugui assessorar i donar la seva opinió lliurement i sobre la base dels fets i dels seus coneixements especialitzats, sense cap classe de condicionant.

Així, d'acord amb tot l'exposat, en un cas com l'examinat, seria convenient que la persona designada com delegada de protecció de dades no acumulés alhora el càrrec de Director dels serveis jurídics ni de membre de l'òrgan col·legiat del responsable del sistema de intern d'informació en (...), per tal d'evitar conflictes d'interessos en l'exercici de les seves funcions o intervenir en la determinació dels fins i els mitjans del tractament de les dades personals de l'entitat pública, o que tingui atribuïdes funcions o altres responsabilitats que afectessin a la seva independència en les seves funcions com a delegat de protecció de dades.

Conclusions

La persona designada com delegada de protecció de dades no hauria d'acumular els càrrecs de Director dels serveis jurídics ni de membre de l'òrgan col·legiat del responsable del sistema de intern d'informació en (...), d'acord amb les previsions establertes a l'RGPD, l'LOPDGDD, i la resta de normativa, recomanacions i jurisprudència sobre protecció de dades citada, al no poder garantir que no concorri cap situació de la qual es derivi un conflicte d'interès.

Barcelona, 1 de juliol de 2024