



Ref.: Aportacions de l'Oficina a la consulta pública en relació amb el projecte de decret del delegat de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic (exp. 14/2020)

Sr. Jordi Puigneró i Ferrer

Conseller de Polítiques digitals i Administració Pública

Benvolgut conseller,

El passat 08.07.2020 el Departament de Polítiques Digitals i Administració Pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya va iniciar una consulta pública prèvia a l'elaboració d'un projecte de decret relatiu al delegat de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic.

Com s'informa a la ciutadania, amb aquesta consulta "es vol recollir les aportacions dels ciutadans i de les entitats en relació amb les possibles solucions per articular la figura del delegat/a de protecció de dades a l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic; els mecanismes més efectius per garantir la imparcialitat del delegat/da de protecció de dades en l'exercici de les seves funcions; o la possibilitat de preveure diferències en les tasques del delegat/da de protecció de dades en el cas de tractament de dades per part dels departaments de l'Administració de la Generalitat i per la resta d'organismes del sector públic."

Com també s'informa, amb la intenció d'enriquir l'anàlisi de la necessitat de modificar la normativa vigent, i d'una posterior valoració, es plantegen les preguntes següents per organitzar el debat:

- "Quins aspectes considereu que s'haurien de tenir en compte en l'articulació del delegat de Protecció de Dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic?"
- "Com garantiríeu que no hi ha hagi intervenció de tercers que pugui condicionar i afectar la imparcialitat i objectivitat del delegat/de de protecció de dades?"
- "Considerereu adequat que les tasques del delegat/a de protecció de dades s'externalitzin?"

Els articles 1 i 3 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant LOAC), atribueixen a l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant OAC o l'Oficina) les funcions d'assessorar i formular propostes i recomanacions al Parlament, al Govern de la Generalitat i als òrgans de l'Administració, en l'àmbit de la prevenció i la lluita contra la corrupció i qualsevol activitat relacionada, i també proposar les mesures necessàries per a assolir més transparència en la gestió del sector públic. Igualment, l'article 13.2 d) de les Normes d'actuació i règim intern de l'Oficina estableix que correspon a la Direcció de Prevenció formular al director o directora de l'Oficina propostes i recomanacions sobre disposicions normatives vigents o en tràmit d'aprovació perquè les elevi al Parlament, al Govern, als ens locals i, en els termes en què la normativa ho permeti, a les institucions i els organismes estatals, comunitaris i internacionals.

En aquest marc, us trameto les consideracions elevades des de la Direcció de Prevenció de l'Oficina, que es transcriuen a continuació:

"En coherència amb les previsions normatives citades, el propòsit d'aquest document és formular recomanacions en relació amb algunes de les qüestions plantejades, estrictament des del punt de vista de les funcions atribuïdes normativament a l'Oficina, i sens perjudici de les al·legacions que es formulin en el moment que el text del projecte de norma se sotmeti als tràmits de participació pública (mitjançant l'eventual tràmit d'audiència que es pugui atorgar a l'Oficina o mitjançant la participació en el tràmit d'informació pública).

Atès això, a manera d'avertiment previ, volem deixar constància que les recomanacions que expressem tot seguit no pretenen fer una anàlisi exhaustiva i completa de la matèria, sinó que, en coherència amb el nostre àmbit competencial, ens limitem a reflexionar sobre aquelles qüestions que



considerem nuclears per tal que un correcte exercici de la potestat reglamentària en aquesta matèria contribueixi a reforçar el sistema d'integritat pública i també la transparència.

En aquest marc, abans d'entrar en el fons de l'assumpte cal constatar que, arran d'unes actuacions derivades d'una avaluació prèvia de versemblança, fa dos anys l'Oficina va tenir l'ocasió d'analitzar la Instrucció 1/2018, de 16 de maig, sobre l'atribució temporal de funcions pròpies del delegat de protecció de dades en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic.

En aquell moment es van analitzar alguns dels factors de risc que podrien originar oportunitats de potencials irregularitats i es va decidir traslladar les consideracions corresponents a l'Administració de la Generalitat de Catalunya en el moment que es tramités el procediment per elaborar la norma reglamentària que s'anunciava en aquella instrucció.

Cal constatar que alguns dels factors de risc identificats per l'Oficina en aquell moment, han estat abordats per l'Administració de la Generalitat de Catalunya amb posterioritat a dictar la instrucció esmentada. Al nostre entendre, això es desprèn d'algunes de les consideracions incloses en el document fet públic en el marc del tràmit obert de participació pública "Comunicació al Govern sobre la consulta pública prèvia a l'elaboració d'un projecte de decret del delegat o delegada de protecció de dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic".

En aquest document es deixa constància, per exemple, que es preveu requerir una dedicació exclusiva a les funcions pròpies de la delegació de protecció de dades, que s'entén que no es poden considerar accessòries a altres funcions principals que es puguin dur a terme de forma ordinària. Per consegüent, deduïm que es pensa en la creació d'un lloc de treball, amb rang orgànic de subdirecció general (com s'explica en el document esmentat), que exerceixi exclusivament les funcions de delegat de protecció de dades.

En tot cas, pensem que algunes de les qüestions que es va plantejar l'Oficina arran de la Instrucció 1/2018, de 16 de maig, podrien ser d'utilitat en relació amb el procediment d'elaboració de normes de caràcter general en el marc del qual es formulen aquestes consideracions.

1. El Reglament General de Protecció de Dades i altres previsions normatives en vigor

El Reglament UE 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (RGPD en endavant) va incorporar diverses novetats que afectaven les administracions públiques, entre elles l'obligació de designar una persona delegada de protecció de dades (DPD). La norma de referència es va publicar el 4 de maig de 2016, va entrar en vigor 20 dies després de la seva



publicació i va esdevenir plenament aplicable dos anys més tard, el 25 de maig de 2018.

Posteriorment, va entrar en vigor la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant LOPDPiGDD) que també incorpora algunes previsions que cal prendre en consideració en relació amb la figura del delegat de protecció de dades.

A més d'aquest marc normatiu, s'ha de tenir en compte les Directrius sobre delegats de protecció de dades adoptades el 13 de desembre de 2016 pel grup de treball de la Unió Europea creat en virtut de l'article 29 de la Directiva 95/46/CE.

Segons el Reglament i la normativa esmentada, la designació d'aquesta persona ha de tenir en compte:

- **Les qualitats professionals** (article 37.5 RGPD): "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 esmentades a l'article 39."

D'acord amb l'article 35 de la LOPDPiGDD el compliment d'aquests requisits per a la designació del delegat de protecció de dades (ja sigui una persona física o jurídica) es pot demostrar, entre altres, a través de mecanismes voluntaris de certificació que tinguin en compte l'obtenció d'una titulació universitària que acrediti coneixements especialitzats en el dret i la pràctica en matèria de protecció de dades.

- **Els coneixements** (considerant 97 RGPD): "El nivell de coneixements especialitzats necessari s'ha de determinar especialment, d'acord amb les operacions de tractament de dades que es duen a terme i de la protecció que s'exigeix per a les dades personals tractades. Aquests delegats de protecció de dades, siguin o no empleats del responsable del tractament, han d'estar en condicions d'exercir la seva missió i les seves funcions de manera independent."

En relació amb aquests coneixements, les Directrius del grup de treball creat en virtut de l'article 29 també incideixen en la importància de comptar amb un coneixement sòlid de les normes i procediments administratius de l'organització.

- **La independència** (article 38.3 RGPD): "El responsable i l'encarregat del tractament garantiran que el delegat de protecció de dades no rebí instruccions sobre l'exercici d'aquestes tasques. El responsable o l'encarregat no el pot destituir ni sancionar per l'exercici de les seves funcions. El delegat de protecció de dades ha de rendir comptes directament al nivell jeràrquic més alt del responsable o de l'encarregat."

El concepte d'independència també es desenvolupa a l'article 36.2 de la LOPDPiGDD, el qual determina que s'ha de garantir la independència



del delegat de protecció de dades dins de l'organització i, en conseqüència, no pot ser remogut ni sancionat pel responsable o l'encarregat per exercir les seves funcions tret que incorri en dol o negligència greu.

- **La compatibilització de funcions i conflictes d'interès** (article 38.6 RGPD): "El delegat de protecció de dades pot exercir altres tasques i funcions. El responsable o l'encarregat del tractament ha de garantir que aquestes tasques i funcions no donen lloc a conflicte d'interessos."
- **Capacitat per l'exercici de les seves funcions:** en relació amb les capacitats del delegats de protecció de dades, les Directrius del grup de treball creat en virtut de l'article 29 determinen el següent:

"La capacidad del DPD para desempeñar sus funciones debe interpretarse tanto en referencia a sus cualidades personales y conocimientos como a su puesto dentro de la organización. Las cualidades personales deben incluir, por ejemplo, la integridad y un nivel elevado de ética profesional; la principal preocupación del DPD debe ser posibilitar el cumplimiento del RGPD. El DPD desempeña un papel fundamental en la promoción de una cultura de protección de datos dentro de la organización y contribuye a la aplicación de elementos esenciales del RGPD, como los principios relativos al tratamiento de datos, los derechos de los interesados, la protección de los datos desde el diseño y por defecto, el registro de las actividades de tratamiento, la seguridad del tratamiento y la notificación y comunicación de las violaciones de la seguridad de los datos."

2. Proposta de recomanacions preventives

En analitzar la Instrucció 1/2018, de 16 de maig, es va determinar que, en regular aquesta matèria s'havien de tenir específicament en compte els riscos que es podrien produir en relació amb dos principis:

- La **independència** en l'exercici professional dels DPD.
- La **igualtat** dels candidats en eventuais convocatòries futures (específicament a partir de les previsions de l'article 7.4. de la Instrucció).

Entenem que cal portar aquí, *mutatis mutandis*, algunes de les reflexions articulades a partir de la Instrucció esmentada i formular algunes recomanacions preventives que s'articulen entorn dels dos principis a què s'acaba de fer referència:

- a.** Es recomana que, en el marc determinat per la normativa vigent sobre funció pública, s'incorporin al reglament que ha de regular l'estatut del DPD les previsions concretes que requereix la naturalesa del lloc de treball i que coadjuvin a configurar un **sistema específic que permeti acreditar i avaluar, de forma objectiva i transparent**, la capacitat de les persones que han de dur a terme les funcions corresponents.



L'acreditació i l'avaluació objectiva i transparent de la capacitat i el mèrit no són només criteris de selecció o provisió essencials per garantir el bon exercici de les funcions públiques encomanades, són també **mesures preventives** que contribueixen a la independència del criteri tècnic, ja que demostren que la persona designada no deu aquesta atribució a cap altra raó aliena a la seva competència professional.

S'aconsella que s'incoïn els procediments administratius necessaris **per cobrir de manera definitiva els corresponents llocs de treball** en el menor termini de temps possible.

Cal posar en relleu que, específicament en relació amb unes funcions com les que ara s'analitzen, la cobertura de manera definitiva del lloc de treball redueix la vulnerabilitat intrínseca a l'ocupació provisional davant de pressions indegudes sobre l'exercici de les funcions de DPD (informar i assessorar el responsable o l'encarregat i els treballadors sobre les obligacions que imposa la normativa de protecció de dades; supervisar que aquesta es compleix; assessorar respecte l'avaluació d'impacte relativa a la protecció de dades, o cooperar amb l'autoritat de control).

Efectivament, la permanència en el lloc de treball que la titularitat del lloc atorga als funcionaris de carrera és una de les mesures preventives més importants per garantir la independència tècnica i la imparcialitat en l'exercici de funcions públiques. Atès que les funcions d'un DPD tenen una naturalesa tuitiva de drets personals, la manca d'inamobilitat de qui desenvolupi aquelles funcions pot esdevenir un factor de risc.

- b. Com s'assenyalava abans, sembla que es parteix de la consideració que el lloc de treball de delegat o delegada de protecció de dades inclourà de manera exclusiva les funcions de la delegació de protecció de dades.

En el cas que finalment es prevegi que les tasques del DPD no siguin exclusives en el lloc de treball corresponent, es recomana que es prevegi l'obligació d'elaborar **informes que avaluin la compatibilitat** d'aquestes tasques amb la resta de les atribuïdes al lloc de treball, amb l'objectiu de prevenir els conflictes d'interès que es puguin generar a causa de funcions inherentment conflictives (conflicte diagnosi i provisió del servei o conflicte jutge i part)¹.

En aquesta línia, el grup de treball de la Unió Europea creat en virtut de l'article 29 també fa una sèrie de recomanacions en relació amb la gestió dels conflictes d'interès en aquests casos. Així mateix estableix que els delegats de protecció de dades no poden ocupar un càrrec en l'organització que els porti a determinar les finalitats i els mitjans de

¹ Per a més informació en relació amb aquesta matèria podeu consultar l'Informe "La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya" publicat el desembre de 2016 i disponible a la pàgina web de l'Oficina.



tractament de dades personals, la qual cosa s'haurà d'analitzar cas per cas.

- c. La independència dels DPD respecte el responsable i l'encarregat del tractament és un dels principis establerts al RGPD que resulta clau per a una execució íntegra de les funcions que aquests DPD tenen encomanades.

Atesa la naturalesa de les funcions del DPD, per no posar en risc el principi esmentat i garantir la màxima independència tècnica, entenem que, en general, i específicament en l'àmbit dels departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i els ens del seu sector públic institucional regits per Dret Administratiu, els llocs de treball a què ens referim s'haurien de **reservar a funcionaris públics de carrera**. De la mateixa manera, al nostre entendre, els llocs de treball s'haurien de proveir mitjançant **concurs específic de mèrits i capacitats** i desaconsellem fer-ho per lliure designació.

- d. Atès que en virtut de la Instrucció 1/2018, de 16 de maig, hi ha hagut persones que han desenvolupat funcions de delegat o delegada de protecció de dades de manera transitòria i probablement durant un termini temporal ampli, s'haurien d'articular les mesures que garanteixin un tractament igual i just entre les persones candidates a la provisió definitiva dels llocs de treball.

Efectivament, cal tenir en compte que, en aquest moment, ja hi pot haver persones que desenvolupin transitòriament les funcions per un període superior als dos anys. Tot i la situació excepcional viscuda arran de la pandèmia de la COVID-19, aquest termini podria no semblar raonable per atendre a situacions transitòries relacionades amb la gestió de recursos humans. Per això, en relació amb aquesta circumstància, cal tenir especial cura a l'hora d'aplicar estrictament les previsions normatives en vigor i la doctrina dels tribunals de justícia en la matèria, amb l'objectiu de garantir un tracte just per a totes les persones candidates.

D'altra banda, **el sistema de valoració no hauria de privilegiar les persones que hagin tingut atribuïdes les funcions a partir de la Instrucció 1/2018, de 16 de maig**, sobre persones que hagin desenvolupat funcions de DPD en altres ens públics, per exemple, amb responsabilitat o complexitat equiparables². En suma, no s'haurien de valorar mèrits essencialment iguals (experiència en l'exercici de funcions de DPD) de forma diferent, tot afavorint determinats col·lectius respecte a d'altres persones amb mèrits equiparables.

² Les funcions atribuïdes al lloc de treball deriven directament de la Norma Europea esmentada i en l'essencial són comunes, doncs, per als llocs de treball de DPD en tot el sector públic; entenem que caldria reflexionar si no s'hauria d'establir que aquests llocs de treball poguessin ser ocupats, no només per funcionaris de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, sinó també per funcionaris d'altres ens públics.



- e. Es recomana que es prevegi en la norma reglamentària que les persones que proveeixin el lloc de treball hagin de **participar en un programa de formació** sobre ètica professional pública i riscos per a la integritat aplicats a les funcions del DPD.

Efectivament, a judici de l'Oficina cal sensibilitzar les persones a qui s'atribueixen aquesta mena de funcions sobre l'ètica professional pública aplicada i, en particular, sobre riscos per a la integritat que implica l'exercici de les funcions de DPD. En aquest marc s'ha d'enfortir el missatge institucional de plena independència tècnica de les persones que exerceixen les funcions de DPD respecte el responsable i l'encarregat del tractament de dades.

- f. Finalment, suggerim preveure l'existència d'un referent ètic (unipersonal o col·legiat) a qui els DPD es puguin adreçar per formular consultes en cas que necessitin assessorament ètic en l'exercici de les seves funcions professionals. Per al bon funcionament d'aquesta mesura preventiva transversal, es recomana que aquest referent s'ubiqui fora de la cadena jeràrquica o de dependència funcional en què s'integrin aquests DPD.

És desig de l'Oficina que aquestes reflexions i recomanacions hagin estat d'utilitat en relació amb el procediment d'elaboració de la norma reglamentària que ara s'inicia. En aquest sentit, en el marc de les competències que ens assigna la normativa en vigor, us oferim el suport tècnic de la Direcció de Prevenció en tot allò que us pugui ser d'interès."

Ben cordialment,

Miguel Ángel Gimeno Jubero
Director de l'Oficina Antifrau de Catalunya

Ribes 3
08013 Barcelona
T +34 935 545 555
bustiaoac@antifrau.cat
www.antifrau.cat

