

La Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales: su aplicación en el ámbito del sector público

Julián Valero Torrijos

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Murcia
iDerTec-Grupo de investigación "Innovación, Derecho y Tecnología"*

Este material se entrega únicamente para su distribución a las personas que participaron en las XXVIII Jornadas "Encuentro de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas" No se autoriza, por tanto, su cita en trabajos académicos ni su utilización para finalidades distintas de la anterior, incluida su difusión por cualquier medio, sin autorización del autor

1.-Un nuevo enfoque sistemático y regulatorio

La Ley Orgánica 3/2018 protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) sólo se comprende desde la previa aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos (RGPD). A este respecto es importante partir del cambio de planteamiento que supone la decisión de la UE, puesto que la anterior regulación se contenía en la Directiva 95/46/CE y, por tanto, resultaba necesaria la transposición al Derecho interno, proceso que tuvo lugar mediante la Ley Orgánica 15/1999. Sin embargo, la aprobación de un Reglamento supone que sus previsiones son de aplicación directa desde su entrada en vigor –que tuvo lugar en mayo de 2018-, de modo que la LOPDGDD se limita a completarlas y, asimismo, establecer algunas medidas específicas.

Así pues, Con la entrada en vigor de la LOPDGDD y la consiguiente derogación de la legislación de 1999 se ha producido un importante cambio en el enfoque de la regulación que tiene importantes consecuencias para las Administraciones Públicas y, en general, las entidades que forman parte del sector público. En efecto, el legislador ha renunciado a establecer un conjunto de disposiciones específicas ubicadas bajo la rúbrica de *disposiciones sectoriales* aplicables particularmente en dicho ámbito para, de este modo, reforzar el sometimiento de dichos sujetos a los mismos principios y exigencias establecidos con carácter general en el RGPD y la propia LOPDGDD, sin perjuicio de que –tal y como iremos analizando más adelante– puedan concurrir circunstancias singulares basadas en la necesaria modulación de tales reglas por razones de interés público o el ejercicio de potestades. Así pues, la adaptación al nuevo marco regulatorio ha de partir en primer lugar del artículo 8 LOPDGDD, precepto que establece la necesaria concurrencia de una norma con rango de ley para la licitud del tratamiento de datos de carácter personal que, en el caso de las entidades públicas, ha de encontrarse fundamentada principalmente en el ejercicio de competencias asignadas legalmente y, sobre todo, en el respeto de las condiciones específicas que dichas normas contemplan.

Esta exigencia ya resultaba incuestionable bajo la vigencia de la LOPD de 1999 en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reserva de ley en este ámbito (STC 292/2000) y, sobre todo, de la línea jurisprudencial del TJUE por lo que respeta al necesario cumplimiento de las condiciones fijadas legalmente para el tratamiento de la información. No obstante, con el nuevo planteamiento regulatorio que intenta superar la visión del cumplimiento meramente formal en el ámbito del sector público —declaración de ficheros, previsión legal para las cesiones y publicaciones...— se ha reforzado notablemente, ya que la licitud del tratamiento exige que efectivamente se cumplan las previsiones normativas sobre las condiciones en que ha de llevarse a cabo, no bastando simplemente con la mera habilitación legal. Esta concepción adquiere singular relevancia tras la entrada en vigor del RGPD, en particular desde la perspectiva del artículo 5.1.f) y, por extensión, del artículo 6.3.b) párrafo segundo.

Así pues, de una parte, resulta imprescindible tener en cuenta las propias reglas específicas que se contemplan para el sector público tanto en la propia LOPDGDD como en el RGPD y, de otra, acudir a la normativa legal donde se regula la actividad que lleven a cabo las entidades públicas. En primer lugar, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), donde se fijan las garantías jurídicas de carácter general que han de ser respetadas para que el tratamiento pueda considerarse lícito. Y, en segundo lugar, la regulación sectorial —tributaria, urbanística, ambiental...— que discipline la concreta actividad que se lleve a cabo por la entidad pública responsable del tratamiento, a través de la cual se concretan y precisan las específicas condiciones en que la habilitación normativa para el tratamiento de la información tiene lugar. Al margen, claro está, de aquellas otras normas relevantes en función de la entidad de que se trate, tal y como sucede singularmente con la Administraciones de las CCAA.

En consecuencia, cualquier proyecto de adaptación de la actividad del sector público al nuevo marco normativo sobre protección de datos de carácter personal no puede limitarse únicamente al análisis de la LOPDGDD y el RGPD. Antes al contrario, en aplicación del artículo 8 LOPDGDD necesariamente ha de abordar la revisión de las diferentes normas legales que resulten aplicables a la actividad que lleve a cabo la respectiva entidad.

2.-La protección de los datos de carácter personal en el contexto de la Administración electrónica

Como antes se indicaba, la legislación general sobre actuación de las Administraciones Públicas y el resto de entidades del sector público constituye el marco normativo general en el que aquella ha de desenvolverse. En particular, es preciso enfatizar la trascendencia de dichas normas por cuanto establecen una obligación rotunda e inexcusable de utilizar medios electrónicos. Veamos a continuación cuáles son las principales implicaciones prácticas de la adaptación a la nueva regulación sobre

protección de datos desde la perspectiva de la implantación de la Administración electrónica.

A. Registro de actividades de tratamiento

La LOPDGDD ha establecido una nueva obligación de transparencia: la publicación relativa al registro de actividades de tratamiento que, según dispone el artículo 31.2 LOPDGDD, no habrá de tener lugar en un lugar específico como la sede o el punto de acceso, existiendo por tanto libertad para establecer una sección específica de la página web. En consonancia, se ha reformado también la legislación sectorial en el mismo sentido incorporando un nuevo precepto, el artículo 6 bis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso la Información y Buen Gobierno (LTBG).

B. El uso de medios electrónicos en la gestión documental: un reto, pero también una oportunidad para un mejor cumplimiento

En aplicación del artículo 36 LPACAP y otros preceptos concordantes —artículo 75 por lo que se refiere a la instrucción del procedimiento, artículo 80 en relación a los informes o, sin ánimo exhaustivo, artículo 88 respecto de la resolución—, el uso de medios electrónicos resulta preceptivo para la actuación administrativa. No obstante, en el artículo 27 LPACAP se contempla la posibilidad que se generen copias en soporte papel de los documentos administrativos, en particular para aquellos supuestos en los que resulte precisa su exhibición ante sujetos privados. Ahora bien, esta diversidad de soporte no puede suponer una vulneración del principio de exactitud consagrado en el artículo 4 LOPDGDD y el artículo 5.1.d) RGPD, de manera que habrán de adoptarse las medidas que aseguren que en ambos soportes consta la misma información.

El respeto a los principios generales adquiere una especial significación puesto que la tecnología supone una mayor incidencia en la accesibilidad de la información y, por tanto, de los datos de carácter personal. Así pues, en modo alguno pueden considerarse meras declaraciones programáticas carentes de eficacia vinculante, sino que, por el contrario, establecen las condiciones en las que el tratamiento de la información resulta lícito. Por tanto, la adecuada tutela del derecho fundamental requiere necesariamente considerar que su efectivo respeto es una exigencia ineludible para la satisfacción de la garantía constitucional del artículo 18.4 de la Constitución y, por extensión, de la validez de los actos administrativos conforme al artículo 47.1.a LPACAP; sobre todo si tenemos en cuenta que, normalmente, el tratamiento de los datos personales por las entidades públicas no se fundamenta en el consentimiento sino, antes bien, en el ejercicio de potestades públicas o la satisfacción del interés general.

Desde estas premisas, el necesario respeto al principio de minimización —artículo 5.1.c RGPD— y a la obligación de confidencialidad —artículo 5.1.f RGPD— exigen que la modernización tecnológica no suponga la accesibilidad de los datos a quien no tenga necesidad de manejarla para el ejercicio de sus funciones o, en su caso, para satisfacer un derecho o interés legítimo que deba prevalecer. Más allá de si resulta o no aplicable la privacidad por el diseño del artículo 25 RGPD a las aplicaciones y sistemas de información que ya existieran en el momento de su entrada en vigor —en todo caso, sin duda habría que proceder a su revisión inmediata—, lo cierto es que el cumplimiento de

las exigencias derivadas de la obligación de protección de datos por defecto a que se refiere el artículo 25.2 RGPD no puede ser discutida desde la garantía general del principio de minimización.

Sin embargo, al mismo tiempo la tecnología ofrece una oportunidad indudable para una mejor protección del derecho fundamental. Así, por ejemplo, ante la obligación legal de que los documentos incorporen metadatos como requisito de validez —artículo 26.2.d LPACAP—, la consignación de las circunstancias de las cesiones para el ejercicio competencial puede ayudar a conservar la información acerca del origen y la finalidad en la que tuvo lugar la comunicación de los datos y, por tanto, asegurar el respeto a la limitación de la finalidad que justificó inicialmente el tratamiento de los datos conforme a las previsiones del artículo 6.3 y 4 RGPD.

En última instancia, el uso de la tecnología en el tratamiento de los datos personales constituye una herramienta de gran utilidad práctica por cuanto facilita cumplir con la exigencia de responsabilidad proactiva a que se refiere el artículo 5.2 RGPD, puesto que permite generar evidencias con plenas garantías de autenticidad e integridad respecto del efectivo cumplimiento de las obligaciones.

C. El carácter esencial de las medidas contempladas en el Esquema Nacional de Seguridad (ENS)

Precisamente, el singular contexto tecnológico al que nos referimos determina que la licitud de los tratamientos no sólo precise de la correspondiente habilitación legal conforme al artículo 8 LOPDGDD sino, además, que se garantice una seguridad adecuada tal y como requieren tanto el artículo 5.1.f RGPD como, de forma más precisa, el artículo 24 RGPD y, sobre todo, el artículo 32 RGPD.

A este respecto, la legislación sobre Administración electrónica establece la necesidad de que el uso de medios electrónicos se lleve a cabo con pleno respeto al Esquema Nacional de Seguridad (ENS)¹. En consecuencia, dicha herramienta se convierte en presupuesto inexcusable de licitud por lo que se refiere al tratamiento de la información, bien sea a la hora de gestionar los documentos administrativos y sus copias —artículos 17.3 y 27.3 LPACAP—, de poner a disposición de terceros el expediente administrativo —artículo 70 LPACAP— y, con carácter general, al diseñar y utilizar las plataformas, registros y otras herramientas imprescindibles para los servicios de Administración electrónica —disposición adicional segunda LPACAP—. En este sentido, la disposición adicional primera LOPDGDD expresamente incorpora la obligación de los contratistas del sector público de respetar el ENS, de manera que una eventual adjudicación a favor de una entidad que no cumpla con dicha exigencia sería inválida y, muy posiblemente, nula de pleno derecho, puesto que en definitiva no se estaría respetando el contenido esencial de un derecho fundamental en los términos previstos por el artículo 47.1.a LPACAP por remisión del artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y todo ello a pesar de que la disposición transitoria quinta LOPDGDD contemple la vigencia de los contratos de encargo de tratamiento suscritos con

¹ Aprobado mediante Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.

anterioridad a la reforma, ya que el ENS se encuentra vigente desde el año 2010; si bien en este caso cabría reconducir la invalidez a una mera causa de anulabilidad al no establecerse legalmente una clara y directa vinculación con la protección de los datos personales como la que ahora incorpora la disposición adicional primera LOPDGDD.

3.- El derecho a no presentar documentos y la potestad de verificación de las Administraciones Públicas

Una de las principales medidas que contempla la LOPDGDD consiste en la modificación de las condiciones legales relativas a la incorporación de documentos al procedimiento administrativo por parte de las personas interesadas. Según el artículo 28.1 LPACAP, deberán aportar los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable al trámite o procedimiento. En este sentido, para simplificar la carga documental que han de soportar, el artículo 28.2 LPACAP reconoce su derecho a no aportar aquellos datos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hubieren sido elaborados por cualquier otra Administración, de manera que se habrán de recabar por medios electrónicos a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto; regulación que, en gran medida, se reitera en el artículo 28.3 LPACAP respecto de los documentos originales.

En este sentido, el artículo 155 LRJSP —previsión legal ahora reforzada por la disposición adicional octava LOPDGDD, para el caso de los procedimientos iniciados por solicitud— contempla la obligación de que cada Administración facilite a las restantes el acceso a los datos que obren en su poder, que se limitarán a los que sean precisos para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia, ya que la interconexión generalizada no resulta admisible (STC 17/2013). Asimismo, como premisa inexcusable, se habrán de adoptar las medidas técnicas y organizativas que garanticen que el acceso a la información tiene lugar con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad.

Ahora bien, tras la reforma de 2018 operada por la disposición final duodécima se ha eliminado la presunción de consentimiento que inicialmente contemplaba el artículo 28 LPACAP, puesto que según el considerando 43 RGPD difícilmente cabía considerar que se cumplía el presupuesto de libertad al existir un “desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública”². Así pues, el fundamento del tratamiento de la información personal en el seno de un procedimiento administrativo en modo alguno se puede fundamentar ya en el consumimiento como base legal sino, por el contrario, en una misión de servicio público o el ejercicio de una potestad. En este sentido, debe recordarse que el artículo 75 LPACAP establece la obligación inequívoca del órgano instructor del procedimiento administrativo de realizar de oficio las actuaciones precisas para la determinación,

² Sobre esta problemática, véase el Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos disponible en <https://www.aepd.es/media/informes/2018-0175-base-juridica-tratamiento-por-la-administracion-publica.pdf> (último acceso: 02/05/2019).

conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, de manera que difícilmente puede quedar en manos de la persona interesada la decisión acerca de si aporta o no los datos y documentos que resulten precisos a tal efecto.

Sin embargo, la reforma que ha llevado a cabo la LOPDGDD sobre el citado artículo 28 LPACAP reconoce el derecho de oposición de las personas interesadas, sin bien que limitado a los procedimientos iniciados a su instancia o, en el supuesto de actuaciones de oficio, siempre que no se trate del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección. Se trata de una medida adoptada en coherencia con lo dispuesto en el artículo 21.1 RGPD que, en última instancia, se vincula a las condiciones de uso de los datos personales que establece el artículo 6.1.e RGPD puesto que, como antes se razonaba, en la instrucción de un procedimiento administrativo concurren indiscutibles exigencias vinculadas al ejercicio de funciones públicas. Ahora bien, tal y como contempla el propio artículo 21 RGPD, la Administración Pública que tramite el procedimiento puede alegar “motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado”, expresión cuya valoración requiere analizar los dos supuestos que se podrían dar desde la perspectiva de la regulación legal del procedimiento administrativo:

- a) Si se hubiese iniciado mediante solicitud y la información requerida fuera indispensable para la resolución, el ejercicio del derecho de oposición daría lugar a la caducidad del procedimiento conforme al artículo 95 LPACAP, ya que tendría lugar su paralización por causa imputable a ella misma.
- b) Cuando se hubiese iniciado el procedimiento de oficio —siempre que no se trate de actuaciones sancionadoras o inspectoras, como antes se indicaba—, la obtención lícita de los datos se encuentra condicionada a la efectiva concurrencia de las condiciones a que se refiere el artículo 21 RGPD, lo que exige una decisión motivada por parte de la Administración Pública conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1.a LPACAP.

5.-La identificación de los interesados en las notificaciones por medio de anuncios y las publicaciones de los actos administrativos

Una de las cuestiones que más polémica han planteado por lo que se refiere a la difusión de información en el sector público se refiere al uso de medios electrónicos en la notificación y publicación de los actos administrativos. Más allá de las previsiones relativas al derecho al olvido —que son objeto de análisis en otro lugar—, se trata de una obligación legal que, en última instancia, se vincula con las condiciones de eficacia de los actos administrativos (artículo 39.2 LPACAP). Desde esta premisa, han de distinguirse dos supuestos al amparo de lo previsto en la disposición adicional séptima LOPDGDD:

- a) En los supuestos de que la notificación en el domicilio de la persona interesada no pudiera practicarse por las razones a que alude el artículo 44 LPACAP —se ignora el domicilio de la persona física o los dos intentos han sido infructuosos—

la publicación en el Boletín Oficial del Estado identificará únicamente a la persona afectada por el número completo de su documento nacional de identidad, número de identidad de extranjero, pasaporte o documento equivalente.

- b) Cuando sea necesaria la publicación en los términos del artículo 45 LPACAP, —lo establecen las normas del procedimiento, concurren razones de interés público, se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva—, la publicación omitirá la referencia de las personas afectadas aludiendo únicamente a los anteriores números identificativos salvo que se careciera de ellos, en cuyo caso se admite la utilización del nombre y los apellidos.

Por más que nos encontremos ante una habilitación legal que autoriza la difusión de información vinculada a personas físicas identificadas o identificables por razones de interés público, no por ello dejan de ser aplicables los principios generales. Así, por exigencia del principio de minimización —artículo 5.1.c RGPD— sólo se pueden utilizar los medios de difusión estrictamente previstos por el legislador y no cualesquiera otros, salvo que fueren menos incisivos y el ámbito de la actuación administrativa así lo permita. Por otro lado, dicha información no ha de difundirse por tiempo indefinido, debiendo retirarse cuando la publicación haya cumplido su función con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.1.e RGPD.

En última instancia, al tratarse de un tratamiento que no está basado en el consentimiento del afectado también procedería el ejercicio del derecho de oposición basado en circunstancias personales que deban prevalecer. Así sucedería, por ejemplo, en el supuesto de las víctimas de violencia de género, si bien el propio legislador ha obligado a que se adopte de oficio un protocolo específico, lo que tiene especial importancia en los procedimientos de concurrencia competitiva donde las obligaciones de transparencia son mayores.

6.-La singularidad de algunos tratamientos específicos

Más allá de la regulación general sobre la actuación administrativa, la LOPDGDD ha incorporado algunas medidas que afectan a diversos ámbitos sectoriales de menor alcance, estableciendo al efecto algunas previsiones específicas.

A. Tratamiento de datos en el ámbito de la función estadística pública

El artículo 25 LOPDGDD enfatiza en este supuesto el cumplimiento de las reglas sobre protección de datos de carácter personal, al margen de la aplicación de las garantías específicas sobre el secreto estadístico. En todo caso, la comunicación de esta información a otras entidades sólo se admitirá cuando esté amparada bien en el Derecho de la Unión Europea o, en su caso, en las normas legales.

Por lo que se refiere a los derechos de las personas titulares de la información, se refuerza su posición jurídica al requerir que el consentimiento sea necesariamente expreso para la recogida de los datos más sensibles a que se refieren los artículos 9 y 10 RGPD. Finalmente, se habilita expresamente a que el ejercicio de los derechos por su

parte sea limitado basándose en las exigencias del secreto estadístico; limitación por exigencias de una misión de servicio público que, en todo caso, requiere de una decisión motivada (artículo 35.1.a LPACAP).

B. Tratamiento de datos con fines de archivo

El artículo 26 LOPDGDD se limita a habilitar el tratamiento de datos personales para esta concreta finalidad al amparo de lo previsto en la regulación sectorial. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 5.1.e RGPD, aun cuando impide que los datos se conserven por tiempo del necesario para los fines que justificaron el tratamiento, también autoriza períodos más largos por razones de archivo en interés público. En todo caso, la licitud de esta medida requiere que la conservación haya sido autorizada por la correspondiente comisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

C. Tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas

Al margen de aquellos casos en los que el tratamiento se lleve a cabo por abogados y procuradores para la defensa de los intereses de sus clientes, el artículo 27 LOPDGDD únicamente permite que estos datos sean manejados por los órganos que tienen asignado el ejercicio de competencias sancionadoras, tal y como sucedería singularmente para la modulación de las sanciones en los supuestos de reiteración y, en su caso reincidencia, lo que permitirá la gestión de registros públicos en los que el acceso estaría condicionado por la correspondiente regulación legal.

7.-La exigibilidad de las normas sobre protección de datos personales en el sector público

Tradicionalmente, una de las principales discusiones sobre la efectividad de la protección de los datos personales en el sector público se ha referido a la inexistencia de multas pecuniarias. La LOPDGDD ha mantenido esta solución al establecer el artículo 77 que la resolución que dicte la autoridad de control sancionará las infracciones con el simple apercibimiento; además de ordenar que se adopten las medidas para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción. Sin embargo, como principal novedad, se contemplan ciertas medidas adicionales adaptadas a la naturaleza jurídica de la relación que el infractor tenga con la entidad pública:

- a) En el caso del personal al servicio de las entidades públicas, se establece la obligación por parte de la autoridad de control de proponer la iniciación del correspondiente expediente disciplinario o sancionador cuando existan indicios suficientes para ello, debiéndose informar a la autoridad de control acerca de las medidas y actuaciones adoptadas.
- b) Por el contrario, ante la imposibilidad de ejercer la potestad disciplinaria frente a autoridades y directivos, cuando la infracción se deba a su inobservancia de informes técnicos o recomendaciones que no hubiesen atendido, la autoridad de control les amonestará de forma personalizada y ordenará la publicación oficial de la sanción impuesta.

En todo caso, será preceptiva la comunicación al Defensor del Pueblo o a las instituciones análogas las actuaciones y decisiones que se adopten al respecto; y cuando la competencia corresponda a la Agencia Española de Protección de Datos publicará en su página web las resoluciones sancionadoras que adopte, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiese cometido la infracción.