



Ni asesoramiento individualizado ni consulta particular a demanda

POR ANA MARZO PORTERA
Marzo & Abogados

Así de claro lo ha dejado la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su Instrucción 1/2021, de 2 de noviembre respecto de la función consultiva de la Agencia, de conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) y el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio (en adelante Instrucción 1/2021), publicada el pasado viernes 5 de noviembre en el Boletín Oficial del Estado.

La instrucción es contundente en aclarar en qué no es competente la AEPD

y señala expresamente que entre las funciones consultivas de la AEPD no se contempla el asesoramiento individualizado a responsables o encargados por la autoridad de control ni la consulta particular a demanda de los responsables.

Y aún más, la AEPD señala en su instrucción que las autoridades de control tienen un carácter marcadamente de supervisión y no se encuentran entre sus funciones, listadas en el artículo 57 del RGPD, las de asesorar o resolver las consultas de los responsables o encargados del tratamiento, porque son ellos mismos, asistidos por sus Delegados de Protección de Datos (DPO), o abogados o consultores, quienes han de determinar los tratamientos de datos que implique el ejercicio de su actividad, evaluar los riesgos que su suponen para los derechos y libertades de los afectados e implantar las medidas necesarias para evitarlos o reducirlos.

Esta misma postura ha sido adoptada por la Comisión Europea en sus orientaciones sobre la aplicación directa del RGPD quien ha explicado que el asesoramiento jurídico personalizado e individualizado a los responsables y los encargados del tratamiento sólo corresponde a los abogados y delegados de protección de datos.

Según explica la exposición de motivos de la Instrucción 1/2021, desde la aprobación en 2016 del RGPD y con la finalidad de asistir y formar a todos los actores implicados en los procesos de tratamiento de datos y procurar una transición ordenada a la nueva regulación establecida en el RGPD, la AEPD ha venido desarrollando funciones consultivas particularizadas, a demanda de responsables y encargados individuales.

Y transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor del RGPD a la citada autoridad le parece oportuno concluir la fase transitoria y definir con claridad, cuáles son las funciones consultivas que debe desarrollar la AEPD, de conformidad con el RGPD, la LOPDGDD y su Estatuto, respetando el principio de competencia administrativa y ciñéndose al catálogo de funciones previstas en el RGPD (artículo 57) para las autoridades de control en protección de datos.

En este punto la AEPD recuerda y subraya que la LOPDGDD tampoco ha ampliado las funciones listadas en el citado artículo 57 del RGPD, ni ha dado cobertura legal por tanto a una función consultiva dirigida a responsables o encargados del tratamiento.

Además, recuerda que el carácter independiente e imparcial que las autoridades de control en protección de datos deben observar en el ejercicio de su función primordial supervisora, excluye cualquier asesoramiento particularizado a responsables o encargados del tratamiento, lo cual podría perjudicar en un futuro la imparcialidad de las labores de supervisión, cuando se hubiese asesorado previamente

El asesoramiento jurídico personalizado e individualizado a los responsables y los encargados del tratamiento sólo corresponde a los abogados y delegados de protección de datos



sobre un tratamiento de datos que posteriormente da lugar a actuaciones de investigación.

En consecuencia, las funciones consultivas de la AEPD deben adaptarse al nuevo esquema jurídico creado por el RGPD, el cual no contempla el asesoramiento individualizado a responsables o encargados por la autoridad de control ni la consulta particular a demanda de los responsables.

Ello es coherente además con el principio de responsabilidad proactiva de los responsables y encargados del tratamiento que fue la mayor novedad que presentó el RGPD frente a la anterior regulación.

Así la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan, con el asesoramiento y supervisión, en su caso, del DPD.

En definitiva, son los responsables y encargados de tratamiento quienes, no solo deben cumplir las obligaciones que les impone la normativa aplicable, sino que proactivamente deben poder demostrarlo o documentarlo frente a las autoridades de control.

Por tanto, la AEPD no puede desarrollar funciones consultivas individualizadas destinadas a responsables y encargados del tratamiento, en primer lugar, porque no se prevé así en el RGPD ni en la LOPDGDD y, en segundo lugar, porque ello no es coherente con el principio de responsabilidad proactiva de los

Las funciones consultivas de la AEPD deben adaptarse al nuevo esquema jurídico creado por el RGPD

responsables y los encargados. A sensu contrario, una función consultiva individualizada por parte de la AEPD generaría una percepción de falta de imparcialidad cuando la AEPD tenga que ejercitar sus potestades de investigación y supervisión sobre tratamientos en los que previamente ha desarrollado una función asesora o consultiva.

Además, la AEPD recuerda que, es criterio reiterado de la citada autoridad el de no atender a las consultas que puedan plantearse por despachos de abogados o consultores cuyas funciones son, precisamente, la interpretación de la ley y el asesoramiento a sus clientes. Aunque manifiesta que, no obstante lo anterior y con el fin de ayudar de manera generalizada al cumplimiento de la normativa a los responsables y encargados, la AEPD ha publicado, desde la aprobación del RGPD, numerosas guías, manuales de ayuda y diseñado aplicaciones gratuitas y disponibles en su web (www.aepd.es), que facilitan a los responsables y encargados la puesta en marcha de su actividad con respeto de la normativa de protección de datos y la evaluación de los riesgos generados. Incluso pone a disposición de todos en su web un catálogo de preguntas frecuentes donde puede encontrarse respuesta a los problemas más comunes detectados en la aplicación y cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Con base en todo lo anterior, la Instrucción de la AEPD concluye que las funciones consultivas de la AEPD, según estipula el RGPD y la LOPDGDD, se configuran esencialmente para los siguientes supuestos:

- ▶ En primer lugar, se establecen funciones consultivas relacionadas con la actividad normativa, tanto legislativa como reglamentaria.
- ▶ En segundo lugar, se establecen también funciones informativas dirigidas a las personas interesadas o ciudadanos, cuando estos las soliciten, para informarse sobre sus derechos en materia de protección de datos.
- ▶ En tercer lugar, la AEPD puede ser consultada por los DPD bajo ciertos requisitos coherentes con el principio de responsabilidad proactiva.
- ▶ En cuarto lugar, finalmente, se regula

la función consultiva específica, contemplada en el artículo 36 del RGPD, cuando las conclusiones de una evaluación de impacto muestren que el tratamiento al que se refiere entrañaría un alto riesgo si el responsable no toma medidas para mitigarlo.

Por tanto, son las funciones consultivas descritas en los apartados anteriores las que está obligada a realizar la AEPD, dentro del marco competencial fijado por el RGPD y la LOPDGDD, y las que se regulan en las normas de la Instrucción 1/2021, quedando excluidas cualesquiera funciones de asesoramiento individualizado a responsables o encargados del tratamiento así como consultas particulares a demanda de ambos.

No deja de ser, en todo caso llamativo, que la propia instrucción reconozca que desde la aprobación del RGPD y con la finalidad de asistir y formar a todos los actores implicados en los procesos de tratamiento de datos y procurar una transición ordenada a la nueva regulación establecida en el RGPD, la AEPD ha venido desarrollando funciones consultivas particularizadas, a demanda de responsables y encargados individuales, las cuales ahora declara que no estaban contempladas en el RGPD y que además, podrían perjudicar la imparcialidad de las labores de supervisión, cuando se hubiese asesorado previamente sobre un tratamiento de datos que posteriormente da lugar a actuaciones de investigación. ■

