

3.1 Broseta

Cambios y consecuencias (no jurídicas) en el primer aniversario del RGPD



“Las consecuencias y cambios van más allá de aquellos estrictamente relacionados con el asesoramiento jurídico de una norma ya de por sí compleja”

Miguel Gueijo Castany Socio de Broseta Abogados. Director Departamento Mercantil. Responsable área de Privacidad, IT y Entornos Digitales

<http://www.broseta.com/>

La efectiva aplicación desde el 25 de mayo de 2018 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, “RGPD”) junto con la entrada en vigor el 6 de diciembre del mismo año de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“LOPDPGDD”) sin duda ha comportado relevantes cambios en el marco normativo de la privacidad y la protección de datos personales.

Pero no solamente hemos visto cómo se modificaban las normas sustantivas, también hemos podido observar durante este último año una serie de cambios y consecuencias no jurídicas (y no por ello menos relevantes) tanto para los operadores destinatarios de las normas como para las distintas profesiones relacionadas con la privacidad, esto es, principalmente, abogados, consultores y auditores en materia de seguridad técnica y organizativa, así como también, como analizaremos después, para los responsables de las áreas de compliance.

Experiencias, cambios y consecuencias

En este breve artículo, dejando a un lado el exponencial incremento de trabajo que ha supuesto para las compañías y quienes asesoramos a las mismas, quiero referirme a la experiencia acumulada y a los cambios y consecuencias que hemos podido observar en el “ecosistema” de la privacidad desde el punto de vista distinto al estrictamente jurídico esto es, dejando a un lado aquellos cambios que ha supuesto el RGPD en las normas sustantivas o en el derecho material. Y es que, en efecto, la aplicación efectiva del RGPD y la posterior LOPD ha supuesto cambios en el mercado, cambios en las formas de acometer el cumplimiento de esta normativa y, como suele ocurrir cuando se promulga una norma de tanto calado, en la aparición de nuevos modelos de productos por parte de los prestadores de servicios jurídicos, de seguridad técnica/organizativa y de auditoría. Tales cambios y las consecuencias tras la efectiva aplicación del RGPD son muchos y de diversa índole.

Debo empezar por destacar que, con carácter general, al acometer proyectos de adaptación de las empresas y organizaciones al nuevo marco normativo, se ha podido detectar e identificar como, en función del sector, los niveles de cumplimiento de la extinta LOPD y su desarrollo reglamentario eran considerablemente distintos. Algunos sectores (e.g: banca, seguros, telecomunicaciones o incluso el ámbito de la investigación científica) se encontraban en una situación de good standing por lo que la labor, aunque intensa en términos de dedicación y en absoluto sencilla, ha partido de un conocimiento adquirido sobre esta materia o, al menos, una preexistente concienciación de esta normativa en comparación con otros sectores donde la anterior normativa o no estaba implementada o presentaba deficiencias. Creo también relevante destacar de nuestra experiencia – seguro común a otros despachos de abogados- que no ha sido inhabitual acometer proyectos en compañías pertenecientes a grupos multinacionales en los que desde la matriz se acometía un proyecto global o pana-europeo de adaptación y en los que a la filial española le llegaban un conjunto de textos “modelo”, protocolos a implementar o cláusulas genéricas a utilizar que, además de requerir su adaptación a los concretos tratamientos locales, no tenían en consideración (por ignorarlos) dichos tratamientos locales.

En este contexto merece destacar que la gran difusión que tuvo el RGPD – auspiciado, entre otros por las propias autoridades de control como nuestra Agencia Española de Protección de Datos - ha dado lugar a un escenario de concienciación por parte de muchas compañías y organizaciones en los que esta normativa no se encontraba desde luego entre sus prioridades. Ahora bien, no puede ocultarse que aun en organizaciones que se encontraban en una situación de cumplimiento razonable de la anterior normativa, se ha podido observar que no eran pocas las que han llegado tarde al plazo del 25 de mayo de 2018, pese a que el texto europeo había entrado en vigor dos años antes.

Protagonismo de los departamentos de compliance

Otro cambio que hemos podido observar tras la aplicación del RGPD es el hecho de que, en muchas organizaciones, el interlocutor de un proyecto de adaptación ha dejado de ser la asesoría jurídica, pasando en muchas ocasiones a los departamentos o áreas de compliance. En efecto, dejando a un lado la polémica relativa a la eventual designación del Compliance Officer como Delegado de Protección de Datos (DPO por sus siglas en inglés), lo cierto es que los trabajos de adaptación a la norma europea y nacional los han asumido en muchas ocasiones los departamentos de compliance, incluso con cargo a sus presupuestos cuando se ha tomado la decisión de externalizarlos. Y es que muchas organizaciones han incorporado el cumplimiento de esta normativa dentro del scope de sus tareas y funciones.

En otro orden de cosas, no creo equivocarme si una de las problemáticas que ha comportado tal concienciación de las organizaciones y compañías y el importante volumen de trabajo que ha generado para estas ha sido la ausencia (o al menos, la insuficiencia) de profesionales expertos en la materia, y no

me refiero solamente a personal in house, sino incluso a abogados o consultores con una experiencia previa acreditada en esta materia. Y ello ha dado lugar a que, por primera vez en mucho tiempo – no hay que olvidar que nuestra primera norma local, esto es, la así denominada LORTAD, se publicó en 1992....- hemos vivido una verdadera vorágine en la actividad de la búsqueda, identificación y captación de profesionales experimentados, ya se trate de abogados, auditores o consultores.

No menos importante para los diferentes operadores ha supuesto el nuevo modelo de responsabilidad proactiva (accountability) a partir del denominado enfoque del riesgo (risk approach). La voluntad del legislador de que sean las propias organizaciones las que, en función de los riesgos a los que están expuestos los derechos y libertades de los individuos (interesados) como consecuencia de los tratamientos de datos personales que llevan a cabo, determinen los medios para asegurar (y poder acreditar) el cumplimiento de la normativa, ha requerido un mayor esfuerzo por parte de los distintos operadores. Un ejemplo manifiesto son las medidas técnicas y organizativas que deben adoptarse para garantizar la seguridad de los datos personales, donde hemos pasado de un escenario con una normas preestablecidas (en nuestro país, las previstas en el reglamento de desarrollo de la extinta LOPD) a un escenario en el que el propio responsable o encargado del tratamiento debe acometer el análisis de dichos riesgos para, en función de los mismos, determinar unas medidas que eviten la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de los datos personales.

Relacionado con lo anterior, esto es, con el cumplimiento del nuevo marco normativo, no quiero acabar este breve artículo sin antes señalar que, pese a todo lo que se ha hablado de lo “novedoso” del RGPD, lo cierto es que un conocimiento profundo del anterior marco legal, de los criterios que los reguladores europeos han ido expresando (e.g: el Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva) y de la jurisprudencia (e.g: caso Google) nos permite concluir que el contenido de la norma europea ni es tan novedoso ni, desde luego, supuso ninguna – permítame la expresión- sorpresa para quienes acreditan cierta experiencia en el ámbito del asesoramiento en esta materia.

Dicho esto, no es menos cierto que el asesoramiento estrictamente jurídico en esta materia tras la aplicación del RGPD, en el que se hemos migrado a un sistema como decía de compliance y en el que prácticamente hay que dejar constancia por escrito de cualquier actuación que conduzca a poder acreditar su cumplimiento ha supuesto la necesidad de documentarlo prácticamente todo. Así, hemos observado cómo el trabajo de adaptación de una compañía (e.g: el tradicional informe jurídico en el que se identifican las contingencias y las medidas para su subsanación o regularización) ahora se denominan “análisis de riesgos” y se llevan a cabo en base a una u otra metodología; hemos visto cómo lo que antes era un asesoramiento profesional sobre la concurrencia del denominado “interés legítimo prevalente”, ahora se formaliza mediante un “informe de ponderación”. Finalmente, hemos observado cómo aquellas tareas o funciones de asesoramiento que se llevaban a cabo por profesionales de la privacidad ahora se subsumen dentro de las tareas o cometidos del precitado DPO.

En definitiva, la experiencia acumulada con el RGPD nos permite concluir que las consecuencias y cambios que ha supuesto dicho texto comunitario van más allá de aquellos estrictamente relacionados con el asesoramiento jurídico de una norma ya de por sí compleja, sino que ha afectado al mercado legal, de consultoría y auditoría y ha afectado a cuestiones como la relación del abogado/auditor/consultor con su cliente; al enfoque de los trabajos jurídicos y técnicos a realizar y a las diferentes metodologías a utilizar así como, desde luego, a la necesidad (a mi juicio en ocasiones, excesiva) de documentar y formalizar no solo el resultado de dicho asesoramiento, sino de todos los trabajos previos para alcanzar el mismo. •