

N/REF: 0030/2022

La consulta plantea las siguientes cuestiones:

- 1) **Posible contradicción entre la obligación de responder a las solicitudes de acceso en la LED (UE/680/2016) y el silencio administrativo español en la nueva ley 7/2001 que transpone la directiva de Policía.**

En nuestra opinión, no existe tal contradicción.

La obligación de responder a las solicitudes de acceso en materia de protección de datos personales se rige por una norma especial (*lex specialis*) que es, en el caso de las solicitudes de acceso en virtud de la Directiva (UE) 2016/68, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (LO 7/2021). Del mismo modo, en las materias reguladas por el RGPD dicha *lex specialis* es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Esto es, dicha solicitud de acceso a los datos personales no se regiría por la ley 39/2015, genérica de regulación del procedimiento “administrativo”, sino que en cuanto que “responsable de los tratamientos”.

De hecho, la regulación del denominado “silencio” (como pueda, por ejemplo, no contestar el responsable del tratamiento en el plazo de un mes a una solicitud de supresión del art. 23.1 LO 7/2021) es diferente, y regulado de manera asimismo diferente en una y otra ley, de tal modo que cuando un responsable del tratamiento es una Administración de las reguladas en la LO 7/2021 y no responde en plazo, el art. 52.1 de la LO 7/2021 establece que la vía es presentar una reclamación ante la autoridad de control:

En el caso de que los interesados aprecien que el tratamiento de los datos personales haya infringido las disposiciones de esta Ley Orgánica o no haya sido atendida su solicitud de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 21, 22 y 23 tendrán derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de protección de datos

En realidad, la propia ley 39/2015 preveía -siquiera sea aplicable supletoriamente, como hemos visto- la propia existencia de procedimientos especiales en determinadas materias, cuyo régimen de respuesta fuera diferente al “recurso administrativo” (alzada o reposición). Así, el art. 112.2 dispone:

2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

(...)

Es más que discutible que nos encontremos ante esta situación, ya que la necesidad de una reclamación ante la autoridad de control proviene directamente de una norma de derecho europeo (art. 46.1.f) Directiva 2016/680), pero en cualquier caso, la LO 7/2021 tiene el mismo rango (legal, y además, en este caso, es ley ordinaria -ver DF 1ª LO 7/2021-) que la ley 39/2015, con lo cual podría establecer con el mismo rango el procedimiento al que habrán de someterse las reclamaciones en materia de protección de datos, incluso si divergen del régimen general de la ley 39/2015 de procedimiento administrativo.

En definitiva, cuando la Administración Pública actúa como responsable del tratamiento de datos personales, se rige por la norma que regula dichos tratamientos (RGPD, LOPDGDD, LO 7/2021).

2. Qué sucede cuando se solicita acceso a la oficina SIRENE y está no responde y el interesado presenta reclamación ante la Agencia. Si el servicio o el funcionario se niegan a responder o no reacciona ante la amonestación de la Agencia: ¿cómo responde el derecho administrativo y penal español?

En cuanto al Sistema SIS II, habrá que estar al REGLAMENTO (UE) 2018/1861 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas,

por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento (CE) nº 1987/2006, y al REGLAMENTO (UE) 2018/1862 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de noviembre de 2018, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión.

De ambos se desprende, con carácter general, que el Reglamento (UE) 2016/679 -RGPD- será aplicable al tratamiento de datos personales realizado en el marco de dichos Reglamentos (art. 51.2 Reglamento 2018/861, y art. 66.3 Reglamento 201/1862), excepto cuanto se traten datos para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de delitos, o de ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas para la seguridad pública y la prevención de estas, en cuyo caso será aplicable la Directiva (UE) 2016/680.

En consecuencia, habrá que estar a dichas normas (RGPD y Directiva 2016/680, y a sus normas de desarrollo (LOPDGDD y LO 7/2021) para contestar a la pregunta.

A) RGPD y LOPDGDD

Si el responsable no responde a la solicitud de ejercicio del derecho en plazo, el interesado tiene derecho a solicitar la tutela de la AEPD (art. 63.1 y 64.1 LOPDGDD).

En caso de que la AEPD fallase a favor del interesado en dicha tutela, el responsable (sea la Oficina SIRENE o cualquier otro) está obligado a cumplir la resolución de la AEPD. Si no lo hiciese, ello es considerado a su vez una infracción muy grave a efectos de prescripción (art. 72.1.m) LOPDGDD), que puede dar lugar a un nuevo procedimiento donde, en su caso, se impondrían sanciones.

La LOPDGDD establece en su art. 77.2 que la sanción a imponer a los responsables de tratamiento que se incluyan en el art. 77.1 será la de apercibimiento. El legislador español ha realizado así su opción conforme al Considerando (150) RGPD y el art. 83.7 RGPD.

Ahora bien, para evitar comportamientos deliberados contrarios al cumplimiento de las resoluciones de la autoridad de control, ha establecido expresamente que la resolución pueda adoptar asimismo: (1) las medidas que procedan para

que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido; (2) la resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso; (3) la AEPD puede también la iniciación de actuaciones disciplinarias contra el funcionario o persona responsable del incumplimiento de las medidas, en cuyo caso las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación, y (4) cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

La ley no habla de dos medidas adicionales que el interesado puede adoptar. La primera, en caso de que haya sufrido daños o perjuicios por la actuación del responsable del tratamiento (por ejemplo, si los sufre por no haberle rectificado un dato), siempre puede acudir, si lo estima oportuno, a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, donde solicitará los daños correspondientes. Y, en segundo lugar, la vía penal puede estar abierta si considera que la actuación del responsable es constitutiva de cualquier delito, como, por ejemplo, el de prevaricación por adoptar (o no adoptar) con conocimiento de su injusticia una resolución. La vía penal requiere que se cumplan los requisitos establecidos en la ley y la jurisprudencia para que pueda existir delito, lo que no ocurre en todos los casos de silencio o falta de actuación administrativa, pero hay sentencias que, en los casos en que sí concurren dichos requisitos, ha estimado la existencia de delito de prevaricación por omisión (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo 190/1999, de 12 de febrero de 1999, caso de un alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, etc.).

B) Directiva 2016/680 y LO 7/2021

En estos casos la regulación es similar.

Si el interesado considera que no se ha atendido su petición de ejercicio de derechos puede reclamar ante la autoridad de control (AEPD) (art. 52.1 LO 7/2021). La Oficina Sirene, responsable del tratamiento, está sujeta al régimen sancionador de la LO 7/201 (art. 56.2.a) LO 7/2021).

El impedimento, la obstaculización o la falta de atención reiterada del ejercicio de los derechos del interesado de acceso, rectificación, supresión de sus datos

o limitación del tratamiento, es infracción muy grave siempre que se causen perjuicios de carácter muy grave para los interesados, e infracción grave si los perjuicios no son muy graves (art. 58.i), y art. 59.g) LO 7/2021).

Para la sanción a las Administraciones Públicas como responsables del tratamiento, se remite la ley 7/2021 (art. 62.1) a la LOPDGDD, por lo que es de aplicación todo lo expuesto en el apartado anterior.

El art. 53 LO 7/2021 prevé expresamente (lo que no sería estrictamente necesario, porque la responsabilidad de la Administración está impuesta constitucionalmente, art. 106 CE, en los términos establecidos en la ley) que los interesados tendrán derecho a ser indemnizados por el responsable del tratamiento, o por el encargado del tratamiento cuando formen parte del sector público, en el caso de que sufran daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2021, en cuyo caso la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en la normativa sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y sobre el régimen jurídico del sector público.

Por último, y en relación con el derecho penal, el art. 65 LO 7/2021 prevé expresamente que pueden plantearse actuaciones penales y un procedimiento sancionador, en cuyo caso tendrá siempre preferencia el primero. Así, el art. 65.2 LO 7/2021 establece que En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador (...).