

**0023/2024****I**

En primer lugar, conviene comenzar analizando la normativa aplicable a la cuestión controvertida en este informe, cuyo origen podemos situar en el Real Decreto 715/2015, de 24 de julio, por el que se nombra Directora de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a Doña María del Mar España Martí. Este nombramiento se realiza de conformidad con el artículo 14 del entonces vigente Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, en cuya virtud (el subrayado es nuestro):

- “1. El Director de la Agencia de Protección de Datos será nombrado por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, de entre los miembros del Consejo Consultivo.*
- 2. El Director de la Agencia de Protección de Datos gozará de los mismos honores y tratamiento que los Subsecretarios.*
- 3. El mandato del Director de la Agencia de Protección de Datos tendrá una duración de cuatro años contados desde su nombramiento y sólo cesará por las causas previstas en el artículo 15 del presente Estatuto”.*

Dicha norma trae causa del art. 36 de la entonces igualmente vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD 1999):

*Artículo 36. El Director.*

- 1. El Director de la Agencia de Protección de Datos dirige la Agencia y ostenta su representación. Será nombrado, de entre quienes componen el Consejo Consultivo, mediante Real Decreto, por un período de cuatro años.*

Igualmente interesa el contenido del apartado 3 de dicho art. 36 de la LOPD 1999:

*3. El Director de la Agencia de Protección de Datos sólo cesará antes de la expiración del período a que se refiere el apartado 1, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso.*

A consecuencia de este último precepto citado de la LOPD 1999, resulta oportuno, ya en este momento, conocer qué regulaba el artículo 15 de la citada norma estatutaria de 1993 sobre el cese y separación del Director/a al tiempo de hacerse su nombramiento, y de su lectura se desprende con claridad que la separación del Director/a solo podía ser acordada por el Gobierno mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Justicia y por alguna de las causas tasadas en esta norma; separación por medio de Real Decreto que aplica igualmente al cese, ya sea acordado por expiración del mandato o a petición propia:

*“El Director de la Agencia de Protección de Datos cesará en el desempeño de su cargo por la expiración de su mandato o, con anterioridad, a petición propia.*

*2. El Gobierno sólo podrá acordar la separación del Director de la Agencia de Protección de Datos antes de que hubiera expirado el plazo de su mandato en los casos siguientes:*

- a) Incumplimiento grave de las obligaciones del cargo.*
- b) Incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones.*
- c) Incompatibilidad.*
- d) Condena por delito doloso.*

*La separación se acordará por el Gobierno, mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, previa instrucción de expediente, en el cual serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo.*

*3. El cargo de Director de la Agencia de Protección de Datos está sujeto a las incompatibilidades que para los altos cargos prevé la Ley 25/1983, de 26 de diciembre”.*

Durante el mandato de la Directora de la AEPD fue aprobada la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), que deroga la anterior Ley Orgánica 15/1999, y modifica el régimen del responsable de la autoridad de control, que pasa de ser un Director/a (art. 36 LOPD 1999 citado) a estar formado por un Presidente y un Adjunto (art. 48 LOPDGDD).

En este sentido, el artículo 48 LOPDGDD, en su redacción actual dada por la disposición final 9.1 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, establece:

*“1. La Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos la dirige, ostenta su representación y dicta sus resoluciones, circulares y directrices.*

*2. La Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos estará auxiliada por un Adjunto en el que podrá delegar sus funciones, a excepción de las relacionadas con los procedimientos regulados por el título VIII de esta ley orgánica, y que la sustituirá en el ejercicio de las mismas en los términos previstos en el Estatuto Orgánico de la Agencia Española de Protección de Datos.*

*Ambos ejercerán sus funciones con plena independencia y objetividad y no estarán sujetos a instrucción alguna en su desempeño. Les será aplicable la legislación reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.*

*En los supuestos de ausencia, vacante o enfermedad de la persona titular de la Presidencia o cuando concurran en ella alguno de los*

*motivos de abstención o recusación previstos en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el ejercicio de las competencias relacionadas con los procedimientos regulados por el título VIII de esta ley orgánica serán asumidas por la persona titular del órgano directivo que desarrolle las funciones de inspección. En el supuesto de que cualquiera de las circunstancias mencionadas concurriera igualmente en dicha persona, el ejercicio de las competencias afectadas será asumido por las personas titulares de los órganos directivos con nivel de subdirección general, por el orden establecido en el Estatuto.*

*El ejercicio del resto de competencias será asumido por el Adjunto en los términos previstos en el Estatuto Orgánico de la Agencia Española de Protección de Datos y, en su defecto, por las personas titulares de los órganos directivos con nivel de subdirección general, por el orden establecido en el Estatuto.*

*3. La Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos y su Adjunto serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, entre personas de reconocida competencia profesional, en particular en materia de protección de datos.*

*Dos meses antes de producirse la expiración del mandato o, en el resto de las causas de cese, cuando se haya producido éste, el Ministerio de Justicia ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la convocatoria pública de candidatos.*

*Previa evaluación del mérito, capacidad, competencia e idoneidad de los candidatos, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una propuesta de Presidencia y Adjunto acompañada de un informe justificativo que, tras la celebración de la preceptiva audiencia de los candidatos, deberá ser ratificada por la Comisión de Justicia en votación pública por mayoría de tres quintos de sus miembros en primera votación o, de no alcanzarse ésta, por mayoría absoluta en segunda votación, que se realizará inmediatamente después de la primera. En este último supuesto, los votos favorables deberán*

*proceder de Diputados pertenecientes, al menos, a dos grupos parlamentarios diferentes.*

*4. La Presidencia y el Adjunto de la Agencia Española de Protección de Datos serán nombrados por el Consejo de Ministros mediante real decreto.*

*5. El mandato de la Presidencia y del Adjunto de la Agencia Española de Protección de Datos tiene una duración de cinco años y puede ser renovado para otro período de igual duración.*

*La Presidencia y el Adjunto solo cesarán antes de la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Consejo de Ministros, por:*

- a) Incumplimiento grave de sus obligaciones,*
- b) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función,*
- c) incompatibilidad, o*
- d) condena firme por delito doloso.*

*En los supuestos previstos en las letras a), b) y c) será necesaria la ratificación de la separación por las mayorías parlamentarias previstas en el apartado 3 de este artículo.*

*6. Los actos y disposiciones dictados por la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos ponen fin a la vía administrativa, siendo recurribles, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional".*

Sin perjuicio de ser la fecha de entrada en vigor de la LO 3/2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, el 7 de diciembre de 2018, no podemos dejar de citar por su importancia en esta consulta la Disposición

Transitoria Primera de dicha LO 3/2018, que trata sobre el Estatuto de la AEPD, en cuya virtud se dispone que (el subrayado es nuestro):

*Disposición transitoria primera. Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.*

*“1. El Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, continuará vigente en lo que no se oponga a lo establecido en el Título VIII de esta ley orgánica.*

*2. Lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 48 y en el artículo 49 de esta ley orgánica se aplicará una vez expire el mandato de quien ostente la condición de Director de la Agencia Española de Protección de Datos a la entrada en vigor de la misma”.*

Así las cosas, el nuevo Estatuto de la AEPD fue finalmente aprobado mediante Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, cuya entrada en vigor se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE (BOE 2 junio 2021), y en cuya Disposición Adicional Única del RD 389/2021 dice: “Quedan suprimidos los siguientes órganos directivos: “a) El Director de la Agencia Española de Protección de Datos; b) El Registro General de Protección de Datos; c) La Inspección de Datos”.

Mientras que su Disposición Derogatoria Única añade lo siguiente: “1. Queda derogado el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

*2. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este real decreto”.*

Así pues, sucediendo que, a pesar de que el mandato de la Directora de la AEPD Doña Mar España Martí había expirado el 25 de julio de 2019, se mantuvo, también después de aprobada la nueva norma estatutaria y hasta el día de hoy, una situación en la que ni se realiza el nuevo nombramiento de

Presidencia y Adjuntía por parte del Gobierno, ni se acuerda su cese mediante Real Decreto del Consejo de Ministros (ni de oficio por expiración del referido plazo, ni a petición propia de la interesada), situación que ha conllevado necesariamente que la Directora haya continuado hasta el día de hoy ejerciendo tales competencias “en funciones”.

Así las cosas, en cuanto al nuevo nombramiento del órgano de dirección de la autoridad de control en España en materia de protección de datos cabe destacar que habiendo sido impugnado y parcialmente anulado el procedimiento iniciado en el año 2021, a día de hoy no se ha retomado, encontrándose pendiente de tramitación y conclusión. En síntesis, procede destacar a este respecto que con fecha de 18 de noviembre de 2021 se publicó la Orden del Ministerio de Justicia por la que se convocaba el proceso selectivo para la designación de la Presidencia y de la Adjuntía de la Presidencia de la AEPD (Orden/Jus/1260/2021, de 17 de noviembre). Siendo designado dos días después, con fecha de 20 de noviembre 2021 el Comité del Proceso Selectivo, y siendo comunicada al Congreso de los Diputados con fecha de 22 de febrero de 2022 dos ternas de candidatos a la Presidencia y a la Adjuntía de la AEPD.

Tras la impugnación de este proceso selectivo mediante recurso 272/2022, el Tribunal Supremo dictó en primer lugar Auto de 21 de marzo de 2022 suspendiendo cautelarmente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunica al Congreso de los Diputados la propuesta de candidatos a ocupar la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD a los efectos del artículo 48 de la LOPDP, Acuerdo publicado por Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero. Posteriormente se produjo el allanamiento de la Abogacía del Estado, y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia 608/2022, de 24 de mayo, anulando y dejando sin efecto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, antes indicado. A continuación transcribimos un extracto de la fundamentación jurídica de la sentencia:

*“TERCERO: Advertimos así en ese auto que para cubrir la “Presidencia y Adjuntía de la AEPD “...la vigente normativa regula un procedimiento de selección concurrencial, público y transparente”, y en lo fáctico declaramos “como hecho notorio, que un mes y cuatro días antes de convocarse ese*



*procedimiento selectivo se pactó, luego de hecho, se designó y eligió a quien ocuparía la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD”.*

*CUARTO: En el citado auto añadimos que “la consecuencia es que al apartarse del procedimiento alterándolo de raíz hasta el punto de transformar la fase de ratificación parlamentaria por otra de elección, se ha actuado como si no existiese la vigente normativa y que, además, se ha procedido de modo que podría prestarse a dar cobertura formal a una designación ya hecha al hacerse la convocatoria”.*

*QUINTO: Advertimos, por tanto, un indicio cierto de que el acto impugnado está “viciado de raíz” pues “desconoce el derecho fundamental del recurrente a acceder a un cargo en condiciones de igualdad desde el momento en que, en puridad, no hay tal proceso sino mera apariencia, con afectación al derecho del recurrente al procedimiento debido para el acceso a un cargo público de especial relevancia”.*

*SEXTO: En consecuencia, se estima el allanamiento de la Abogacía del Estado, sin que se haya opuesto el Ministerio Fiscal, ni la parte recurrida haya interesado la continuación del procedimiento, por todo lo cual se estima la demanda y se declara nulo el Acuerdo impugnado, con las consecuencias que son inherentes a tal nulidad; sin costas”.*

A fin de aclarar las actuaciones que debían seguirse después de esta anulación el TS dictó Auto con fecha de 14 de septiembre de 2022 indicando que debía mantenerse el acto de la convocatoria, y retomarse el procedimiento a partir de él, debiendo en consecuencia el Consejo de Ministros remitir al Congreso de los Diputados dos nuevas propuestas (no ternas) de candidatos, una de candidato a la Presidencia y otra a la Adjuntía, sin que hasta la fecha dicha nueva remisión haya tenido lugar. Dicho de otro modo, sin que dicho procedimiento de selección y nombramiento del nuevo órgano directivo de la autoridad de control española haya sido retomado desde entonces.

Todo lo cual ha provocado que dado el prolongado espacio de tiempo en el que se está manteniendo una situación en la que no se ha cubierto las posiciones de Presidencia y Adjuntía prevista por la LOPDGDD y la Directora haya debido de continuar en el ejercicio de sus funciones unido a la



consecuente falta de cese formal de la Directora acordado por Real Decreto del Consejo de Ministros, se hayan manifestado distintas posiciones interpretativas que, a su vez, han dado lugar a alegaciones en expedientes ante la AEPD de presunta nulidad de pleno derecho por falta de competencia de los actos firmados por la Directora, así como a algunas manifestaciones en algún medio de comunicación de recurrentes que con dicha postura consideran que su recurso ante una sanción puede verse favorecido , e incluso a una denuncia ante la Fiscalía que fue prontamente archivada por ésta con fecha de 3 de mayo de 2022.

Cabe hacer notar que recientemente, con fecha de 13 de julio de 2024 se ha publicado en el BOE la Orden PJC/720/2024, de 12 de julio, por la que, en ejecución de sentencia, se reanuda el proceso selectivo para la designación de la Presidencia y de la Adjuntía a la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos, convocado por Orden JUS/1260/2021, de 17 de noviembre, en la que se acuerda la reanudación del proceso selectivo para la designación de la Presidencia y de la Adjuntía de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos, concediendo un plazo de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente al de la fecha de publicación de esta orden en el BOE para que las personas interesadas presenten la solicitud, y estableciendo que el Consejo de Ministros remitirá al Congreso de los Diputados una única propuesta de Presidencia y Adjuntía, acompañada del informe justificativo del Comité de Selección.

Así las cosas, el quid de la cuestión controvertida cuya oportuna clarificación se persigue en este informe consiste en determinar si habiendo expirado el plazo de cuatro años del mandato por el que fue nombrada la última Directora de la AEPD con fecha de 24 de julio de 2015, y habiendo sido suprimido este órgano directivo a partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de la AEPD, debe considerarse que esta situación debe conducir al decaimiento automático del ejercicio de sus funciones, o si por el contrario, no habiendo sido tal cosa prevista en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto no se acuerde su cese mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros en relación con el nombramiento de la nueva Presidencia y Adjuntía de la AEPD, podrá continuar la citada Directora en el ejercicio de sus funciones, entre otras razones, a fin de evitar discontinuidad en el normal funcionamiento de las instituciones y estando obligada como lo está al ejercicio de sus

funciones con plena dedicación al servicio público, ex artículo 26.2.a).2º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Quid de la cuestión controvertida que ayuda notablemente a resolver el recurso a los criterios de interpretación de las normas previstos en el artículo 3 del Código Civil:

*“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

*2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.*

Así como a los criterios de integración de las eventuales lagunas existentes en la ley regulados en el precepto inmediatamente posterior:

*“4.1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.*

Es obvio que el “contexto” a que hace referencia la norma consiste en que la supresión del órgano directivo Director de la AEPD está en relación con el nombramiento de la nueva Presidencia y Adjuntía, creados en la LOPDGDD y desarrollados en el Estatuto 2021, y cuyo procedimiento de nombramiento se pone en marcha a continuación del Estatuto de 2021 mediante la Orden JUS/1260/2021, de 17 de noviembre. Sin embargo, los “antecedentes históricos y legislativos” son dicha Orden de 17 de noviembre, y las resoluciones (Autos de medidas cautelares, sentencia y Auto de ejecución de sentencia del Tribunal Supremo ya expuestos), que han determinado que dicho procedimiento de elección de Presidencia y Adjuntía no se haya completado, por lo que un mero principio general del derecho de continuidad en las instituciones determina que la Agencia no pueda quedar sin un órgano de

dirección efectivo que lleva a cabo las funciones que el servicio público para el que se creó (la protección del derecho fundamental a la protección de datos). En esto consiste el criterio de interpretación sobre la “realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada”, como luego desarrollaremos.

Pues bien, si bien es cierto que ni la Ley Orgánica 3/2018, ni el Real Decreto 389/2021, contienen una norma transitoria que regule de forma específica la continuidad en funciones de la Directora de la AEPD en tanto no se produzca su cese, también lo es que una situación asimilada a la ahora controvertida sí que aparece regulada en el artículo 12.3 del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio:

*“3. La persona titular de la Presidencia cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva persona titular de la Presidencia”.*

**Por lo que, comoquiera que no hay duda de que la situación regulada en el artículo 12.3 del RD 389/2021 es análoga a la controvertida en esta consulta resulta inevitable apreciar identidad de razón entre ambos supuestos, y por lo tanto concluir la procedencia de aplicar la misma solución jurídica prevista para el primero de estos supuestos, como lo es la continuidad en funciones del puesto de Directora de la AEPD hasta tanto se produzca bien su cese o bien la toma de posesión de la nueva persona titular de la Presidencia.**

## **II**

De la misma manera, dada la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con su contexto resulta oportuno recordar que el artículo 53.3 del RGPD sobre condiciones aplicables a los miembros de la autoridad de control establece que: *“Los miembros darán por concluidas sus funciones en caso de*

*terminación del mandato, dimisión o jubilación obligatoria, de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate*". De modo que, en efecto, la conclusión de sus funciones se producirá en los casos de terminación del mandato, dimisión o jubilación obligatoria, pero no de forma automática sino de conformidad con el derecho del Estado miembro de que se trate.

Cuestión que seguidamente pasamos a abordar, y que impone la necesidad de examinar la regulación establecida a este respecto en el derecho español, a fin de determinar si dicha conclusión de funciones debe considerarse automática desde el momento en que acaece alguna de las tres causas señaladas, o si por el contrario existe alguna formalidad que sea necesario respetar para que dicha conclusión de funciones pueda tener lugar. A tal fin, dado que los dos sistemas de dirección de la autoridad de control que estamos analizando (Directora y Presidente de la AEPD) ostentan el rango de Subsecretario y la condición de alto cargo (artículos 14 del RD 428/1993 y artículo 12 del RD 389/2021), conviene examinar el régimen jurídico aplicable a los altos cargos de la Administración General del Estado, especialmente en lo que a su nombramiento y cese se refiere.

En este sentido interesa conocer el contenido del artículo 59.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre creación, modificación y supresión de *órganos* y unidades administrativas:

*"1. Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas",*

así como el artículo 63.3 referido en particular a la figura del Subsecretario:

*"3. Los Subsecretarios serán nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio".*

De los preceptos transcritos se desprenden con claridad dos consecuencias esenciales para nuestra consulta, **la primera consistente en diferenciar la creación, modificación o supresión del órgano de que se trate del nombramiento o cese de la persona llamada a ser o dejar de ser su titular, y la segunda consistente en que en ambos casos, tanto para la creación, modificación o supresión del órgano, como para el nombramiento o cese de su titular se requiere la aprobación de Real Decreto del Consejo de Ministros**. Cuestiones estas que se regulan en dos preceptos separados, de donde resulta que será necesario que la norma (el Real Decreto) regule específicamente ambas situaciones, sin que se pueda entender que el RD de “supresión del órgano” conlleva la “separación del titular” por sí misma. Ciertamente sería posible que un mismo Real Decreto regulara ambas situaciones, pero ello habrá de hacerlo expresamente, circunstancia esta que, como se aprecia precisamente en el caso sometido a este informe, no se ha hecho.

Diferenciación ésta entre órgano y titular que lejos de ser papel mojado es posible ilustrar con numerosos ejemplos de entre los cuales traemos a colación los dos que siguen (en todos los casos el subrayado es nuestro):

i) Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

Disposición transitoria única. Subsistencia de estructuras vigentes y delegaciones de competencias.

1. Subsistirán, hasta la aplicación de los reales decretos de estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, los órganos directivos, unidades y puestos de trabajo de los departamentos ministeriales objeto de supresión o de reestructuración.

ii) Real Decreto 837/2023, de 22 de noviembre, por el que se crean Subsecretarías en los departamentos ministeriales.

Disposición transitoria primera. Subsistencia de estructuras vigentes.

1. Los órganos directivos y unidades dependientes de las Subsecretarías que se suprimen por este real decreto subsistirán y mantendrán su denominación, estructura y funciones en tanto no se realicen las oportunas modificaciones organizativas.

2. El personal que resulte afectado por las modificaciones orgánicas establecidas en este real decreto seguirán percibiendo la totalidad de sus retribuciones con cargo a los créditos a los que aquellas venían imputándose, hasta que se adopten las disposiciones y medidas de desarrollo y se proceda a las correspondientes adaptaciones presupuestarias.

Disposición transitoria segunda. Titulares de órganos suprimidos.

*Las personas titulares de los órganos superiores y directivos suprimidos por el Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, o por el presente real decreto, mantendrán la condición de alto cargo, desempeñando sus funciones de dirección de los servicios adscritos a los mismos, en tanto no se acuerde su cese.*

A mayor abundamiento la regulación general ut supra expuesta es seguida y respetada por la de carácter especial, contenida dentro del sector de la protección de datos, en la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, cuyo artículo 48.3 dispone que: “La Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos y su Adjunto serán nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, entre personas de reconocida competencia profesional, en particular en materia de protección de datos”, cuyo apartado 4 ut supra transcrito dispone, de manera análoga a como lo hiciera la Ley 40/2015 para los Subsecretarios, que: “4. La Presidencia y el Adjunto de la Agencia Española de Protección de Datos serán nombrados por el Consejo de Ministros mediante real decreto”, y cuyo apartado 5 añade que antes de la expiración de su mandato la Presidencia solo cesará a petición propia o por separación por alguna de las causas tasadas en la ley acordada por el Consejo de Ministros.

Así las cosas, siendo la Directora de la AEPD un alto cargo de la Administración General del Estado, y estando previsto tanto en la anterior

regulación como en la actual únicamente su cese con anterioridad a la expiración de su mandato, a petición propia o por alguna de las causas de separación prevista en la ley (art 15 RD 428/1993, y artículo 48.5 LO 3/2018 para el caso de la Presidencia) nos detendremos ahora en el análisis de dicho cese del alto cargo para conocer en qué forma y por qué razones puede llegar a producirse.

Curiosamente la Ley 3/2015 de altos cargos no regula las causas del cese de estos, salvo para indicar en su artículo 2.2 que: *“La falta de honorabilidad sobrevenida será causa de cese a estos efectos”*. Lo que no ha impedido que con carácter general se considere que son también causa de cese la renuncia, (es decir, el cese a petición propia, pero realizado siempre por un tercero) o la incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones; ni que sea igualmente posible el cese por destitución como sanción disciplinaria por haber cometido una infracción muy grave, prevista tanto de la propia Ley 3/2015, ex artículo 26.2, como de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), ex artículo 30.4.

Pero sin duda, lo más característico del cese de los altos cargos, aunque no se especifique en la Ley, es que tal separación es, al igual que el nombramiento, un acto discrecional basado en la confianza (y en el caso de cese, su pérdida), sobre todo si se tiene presente que tal discrecionalidad ha sido reconocida expresamente por la Ley para el caso de cese de funcionarios de puestos de trabajo obtenidos por el sistema de libre designación, indicando el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) que: *“Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente”*.

Siendo como lo es el nombramiento y cese de los altos cargos de la Administración General del Estado un acto discrecional, debe hacerse notar, en relación con el caso que ahora nos ocupa, **que este carácter discrecional no es aplicable en el caso de altos cargos de Administraciones independientes, cuyo cese antes de expirar su mandato debe obedecer a causas tasadas, entre las cuales se contempla, como no podría ser de otro modo, el incumplimiento grave de sus obligaciones.** Así lo han



señalado nuestros Tribunales de Justicia, como por ejemplo, en Sentencia de 9 de julio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, rec 248/2005, en relación con el cese del Director de la Agencia Catalana de Protección de Datos, pues debido a la peculiar naturaleza de los entes independientes, tales causas no pueden ser interpretadas en sentido amplio, sino en sentido estricto. Asimismo, salvo el cese a petición propia, en el resto de los casos, aunque el cese no tiene naturaleza sancionadora, se requiere de un procedimiento contradictorio, así como también de una motivación suficiente del acto, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder.

De lo hasta aquí expuesto es posible extraer dos consideraciones de extraordinaria relevancia. Por un lado, que tanto la Ley 40/2015, como la Ley Orgánica 3/2018, hablan siempre de **nombramiento y cese acordado mediante Real Decreto del Consejo de Ministros**, ya sea este último acordado a petición propia del interesado, por expiración de su mandato, o por alguna de las causas de separación acordadas por la Ley; y por otro lado, que a pesar de su parquedad al regular la figura del cese del alto cargo la Ley 3/2015 ha sido interpretada por nuestros Tribunales de Justicia en el sentido de confirmar que dicho cese solo podrá producirse, antes de haber expirado el mandato establecido, a instancia del interesado o por alguna de las causas de separación legalmente establecidas, las cuales habrán de estar sujetas a una interpretación estricta. **Sin que en ningún caso aparezca regulada en nuestra legislación aplicable a la dirección de la AEPD una extinción automática del ejercicio de las funciones que correspondan al alto cargo en cuestión por el mero hecho de expirar su mandato, de presentar su dimisión, o de incurrir en alguna de las causas tasadas en la ley que llevan aparejada la separación de su cargo.**

Analizada la situación del cese del alto cargo desde el punto de vista del derecho español, a la vista del contexto normativo y fáctico aplicable a esta consulta, cabe concluir que de la misma manera que una interpretación directa conforme al art. 3 CC, o por analogía conforme al art. 4.1 CC, del artículo 12.3 del Real Decreto 381/2021, de 1 de junio (analizada en el fundamento jurídico anterior) conducía a colegir el ejercicio en funciones de la Directora hasta tanto la nueva Presidencia de la AEPD fuera nombrada y tomara posesión de su

cargo, una interpretación contextual con arreglo al artículo 53.3 RGD conlleva que la conclusión de las funciones de la Directora (en cuanto que titular del órgano de dirección de la autoridad de control española) dada su condición incuestionable de alto cargo de la Administración General del Estado requiere su formalización a través de cese acordado mediante Real Decreto del Consejo de Ministros para poder considerarse conforme a derecho, y por tanto, para poder surtir efectos.

### III

Tal y como venimos exponiendo, la expiración del mandato del alto cargo no supone la terminación automática del ejercicio de sus funciones hasta tanto su cese sea acordado mediante Real Decreto del Consejo de Ministros. Cuestión que, a mayor abundamiento, ya ha sido planteada y resulta con anterioridad hasta en dos ocasiones por la **Audiencia Nacional en sus sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2022**, ante alegaciones de los recurrentes sobre la presunta falta de competencia de la Directora para dictar los actos administrativos que recurrían.

En la primera de ellas, dictada con ocasión del recurso 1994/2021, la Audiencia Nacional expone con acierto el siguiente razonamiento con el que concluye que de ninguna manera puede considerarse inexistente la condición de la Directora de la AEPD, ni su competencia para dictar resoluciones administrativas dentro de su ámbito competencial:

*“TERCERO.- La actora sustenta su pretensión impugnatoria en una serie de motivos que pasamos a examinar.*

*En primer lugar, alega la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida ex artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, por manifiesta incompetencia de la persona firmante de la misma, al haber expirado su mandato, por cumplirse 4 años desde la fecha de su*

*nombramiento, y también porque la condición en que se dictó era inexistente al tiempo de adoptarse, conforme a lo establecido en la Disposición adicional única del Real Decreto 389/2021, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.*

*A tal fin señala, que según el artículo 14.3 del Estatuto de la Agencia de 1993 aquí aplicable, el mandato del Director de la Agencia de Protección de Datos tendrá una duración de cuatro años contados desde su nombramiento y sólo cesará en las causas previstas en el art. 15 de dicho Estatuto. Indica que, en este punto, el Estatuto de 1993 se diferencia del aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, cuyo artículo 12.3 sí dispone que la persona titular de la Presidencia cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva persona titular de la Presidencia, pero dado que no prevé ninguna norma transitoria al respecto, al igual que tampoco se preveía en la LOPDGDD sobre el desempeño en funciones del puesto del Director de la AEPD hasta la nueva designación del nuevo Presidente de la misma, el mandato de la Directora, cuyo nombramiento se efectuó el 24 de julio de 2015 (publicado en el BOE de 25 de julio de 2015), expiró el 24 de julio de 2019, al cumplirse cuatro años desde su nombramiento.*

*Y habiéndose producido el cese en sus funciones como Directora de la AEPD, carecía de competencia para dictar el acuerdo de inicio del expediente en que recayó la resolución recurrida, de 7 de octubre de 2020, y propia resolución impugnada, cita las SST de 16 de junio 2017 dictadas en los Rec. 1585/2016 y Rex. 1655/2016, y 20 de junio 2017 (Rec. 2463/2016).*

*Además, esgrime que conforme lo establecido en la Disposición adicional única del Real Decreto 389/2021, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, se suprime el órgano directivo Director de la AEPD, por lo que, a su entender, y ante la ausencia de disposición transitoria que prevea el mantenimiento de dicho puesto, todos los actos administrativos dictados por la Directora*

*de la AEPD incurrirían, adicionalmente, en un vicio de legalidad que deriva de la inexistencia del órgano que los ha dictado.*

*Por su parte, el Abogado del Estado aduce que ni la LOPD de 1999 ni la LOPDGDD contemplan un término automático del mandato, de tal forma que cuando se cumple el término del mandato para el que fue nombrada la Directora deja de tener competencia alguna, sino que es necesario un Real Decreto de cese, sin que pueda abandonar el cargo por su propia voluntad si no ha habido Real Decreto de cese del Gobierno.*

*Que esto es así, lo demuestra no solo el hecho de que ninguno de los Directores de la AEPD ha cesado en su cargo por el mero transcurso del tiempo, habiéndose requerido R.D también para el cese, sino que en ningún caso se ha producido el "abandono" del cargo por su titular al llegar el cuarto aniversario del nombramiento. De hecho, el abandono del servicio se consideraba delito hasta el Código Penal de 1995, que despenaliza dicha conducta en su mayor parte, sin embargo, constituye una infracción administrativa (falta disciplinaria muy grave), art. 95.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo, de 30 de octubre, o art. 6.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero.*

*Añade que, en cualquier caso, existe el principio general del derecho de la conservación en el nombramiento del cargo, por lo que en el nuevo Estatuto de la AEPD, para evitar estas especulaciones, se establece expresamente que la persona titular de la Presidencia continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo titular de la Presidencia.*

*Finalmente, esgrime que las sentencias citadas por el recurrente no son aplicables al presente caso, en que respecto del Director de la AEPD el legislador ni establece la caducidad automática del nombramiento, ni así se ha entendido por el Gobierno, ni tampoco*

*prevé la necesidad de un acuerdo expreso de prórroga o la convocatoria de un concurso, para que el nombramiento, llegado el plazo para el que fue nombrado, continúe en sus efectos.*

*Expuestas las posturas de las partes, debemos partir del art 53, apartado 3, del RGPD, en cuanto indica que los miembros de la autoridad de control " darán por concluidas sus funciones en caso de terminación del mandato, dimisión o jubilación obligatoria, de conformidad con el Derecho del Estado miembro de que se trate".*

*En el ámbito interno, el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD), que es la normativa vigente cuando se efectúa el nombramiento de la Directora de la AEPD, establece que el Director de la AEPD será nombrado mediante Real Decreto, por un periodo de cuatro años y el apartado 3 del mismo precepto, señala que antes de la expiración de dicho plazo, el Director de la AEPD solo cesará, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso.*

*Es decir, transcurrido ese término de 4 años, el Gobierno puede cesar al Director sin necesidad de causa, pero ello no implica que cuando se cumple ese plazo su cargo automáticamente deje de tener efectividad y de tener funciones o competencia alguna, pues eso no resulta expresamente de la citada LOPD, ni tampoco de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre (LOPDGDD), en su art. 48 respecto de la Presidencia de la AEPD.*

*Así se ha entendido y venido haciendo por todos los Gobiernos que proceden a cesar expresamente a los Directores de la AEPD mediante Real Decreto, aún, cuando su plazo de nombramiento hubiera expirado, sin que sus cargos dejaran de tener efectividad, en funciones, hasta sus respectivos ceses y los coetáneos nombramientos de su sucesores en el cargo, para evitar vacíos en la institución.*

*Ello obedece a los principios de responsabilidad y continuidad de las instituciones, para evitar que la institución quede inoperativa cuando no se ha producido el nombramiento en el cargo de una nueva persona.*

*El legislador podía haber establecido expresamente la previsión automática de decaimiento del cargo, esto es, que la efectividad en el cargo cesa en el mismo momento del cumplimiento del plazo, pero no lo ha hecho ni en la LOPD ni en la vigente LOPDGDD, ni tampoco en el RD 389/2021, de 1 de junio de 2021, por el que se aprueba el nuevo Estatuto de la AEPD, que precisamente en el artículo 12.3 establece "la persona titular de la Presidencia cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva persona titular de la Presidencia", sin establecer limitación alguna en cuanto al ejercicio de sus funciones o competencias durante el periodo en funciones, que tampoco se establecía en la normativa anterior.*

*Así las cosas, no cabe tildar de inexistente la condición en virtud de la cual la Directora de la AEPD dictó el acto recurrido.*

*De otro lado, la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, versa sobre un supuesto que no guarda ninguna similitud con el caso de autos, por lo que no resulta aquí aplicable.*

*Efectivamente, dichas sentencias tratan sobre el Decreto 123/1997, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Generalidad de Cataluña, y se refieren a una cobertura provisional del puesto, mediante la figura del encargo de funciones, por la existencia de urgencia. Decreto autonómico que prevé específicamente que dicho nombramiento quedará automáticamente sin efecto, si en el plazo de 6 meses no se ha convocado concurso para la provisión del puesto de trabajo y además que dicho funcionario no podrá continuar en el ejercicio de sus funciones, situación ésta distinta de la prevista para el Director de la AEPD, ya que en el Estatuto anterior no se mencionaba esta*

*eventualidad y el actual prevé expresamente la extensión de sus funciones.*

*El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado”.*

Sentencia que a día de hoy es firme de conformidad con la Providencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso de casación número 1726/2023, de fecha de 4 de octubre de 2023.

Este criterio vuelve a ser reiterado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de diciembre de 2022, recurso 104/2021, al recordar que de conformidad con el razonamiento anterior no es objeto de discusión la competencia de la Directora de la AEPD para dictar los actos administrativos objeto de recurso, y reiterar que la falta de nombramiento del nuevo titular de la Presidencia determina que continúe en funciones ejerciendo como tal Directora:

*“Por otra parte, no se discute que la competencia para dictar el acuerdo de inicio del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos. Así lo contempla el previo artículo 12 del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, y el actual artículo 68.1 de la LOPDGDD, puesto que al no haber sido nombrada la persona titular de la Presidencia de la AEPD continua en funciones la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, y así lo hemos señalado en nuestra reciente Sentencia de 9 de diciembre de 2022 (Rec. 1994/2021)”.*

Ambas sentencias tratan no sólo sobre actos administrativos anteriores a la supresión del cargo de Directora de la AEAT acordado por el Real Decreto 389/2021, sino que expresamente abordan, fundamentan y razonan el tratamiento de lo establecido en la Disposición adicional única del Real Decreto 389/2021, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos y que suprime el órgano directivo Director de la AEPD, por



lo que es obvia su aplicabilidad en relación con los actos de fecha posterior, en la medida en que los criterios de interpretación por analogía y contextual que aquí se sostienen dependen de la consideración o no de ser conforme a derecho su continuidad en funciones hasta tanto sea acordado formalmente su cese, situación (la de la ausencia de cese) que concurriría de la misma manera en los actos dictados con fecha anterior a la supresión del puesto de la Directora como en los dictados con posterioridad.

A más a más, cabe igualmente citar el informe de la Abogacía General del Estado (R-740/11) en el que se formula consulta sobre la forma en que debía procederse por la Comisión Nacional de la Energía ante la circunstancia de que el mandato de la Presidenta y cuatro Consejeros hubiera expirado, y se concluye a favor de su continuidad en funciones hasta la toma de posesión de quienes deban sustituirles, así como que el alcance de sus funciones y cometidos durante este periodo transitorio ha de ser el mismo que les correspondería durante la vigencia de sus respectivos mandatos. A continuación se transcribe el siguiente párrafo de dicho informe relativo a la necesidad de acudir a los criterios de interpretación lógica y finalista de las normas, extrapolables al caso que ahora nos ocupa:

*“ Pues bien, acudiendo a los criterios de interpretación lógica y finalista, el resultado a que conduce la consideración de que la Presidenta y Consejeros, cuyo mandato ha expirado, no pueden continuar desempeñando sus funciones transitoriamente hasta el nombramiento de quienes deban sustituirles no deja de ser un resultado incoherente, ya que supone la paralización de la CNE y, en consecuencia, la imposibilidad de que continúen ejerciéndose las funciones encomendadas a este Organismo Regulador, lo que en modo alguno es admisible. En efecto, puesto que las funciones que competen a la CNE – enumeradas en el apartado tercero de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre– participan de la naturaleza de potestades públicas –aserto que, por su evidencia, no necesita de especial justificación–, dichas funciones, sobre ser indisponibles, no admiten, por las graves y negativas repercusiones que ello tendría para el interés público o general, interrupción o paralización, siquiera sea transitoria, en su ejercicio, y tal interrupción o paralización es la que se produciría si se entendiese que la Presidenta y los Consejeros cuyo mandato ha expirado no pueden continuar en*

*funciones, esto es, ejerciendo transitoriamente sus cometidos hasta la toma de posesión de las personas que deban sustituirles.”*

#### **IV**

A todo lo expuesto, debe añadirse que la interpretación que sostiene este informe es, además, la más conforme a la protección del derecho fundamental a la protección de datos y a la normativa europea. En este sentido, conviene recordar el considerando 1 del RGPD: “*El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan*”. Así como la redacción del artículo 51.1 RGPD: “*Cada Estado miembro establecerá que sea responsabilidad de una o varias autoridades públicas independientes (en adelante «autoridad de control») supervisar la aplicación del presente Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión*”.

Una interpretación contraria a la que aquí se propugna y que como hemos visto mantiene la Audiencia Nacional, consistente en el mantenimiento en funciones de la Directora mientras no se nombre a un nuevo titular del órgano de dirección de la AEPD, en este caso Presidencia y Adjuntía, pudiendo existir válidamente una interpretación de la norma que así la permite y justifica (como, se reitera ha concluido la Audiencia Nacional de manera reiterada) supondría una infracción del derecho europeo, y sería contraria a la protección al derecho fundamental a la protección de datos, puesto que supondría, tal y como sostienen las opiniones contrarias a esta interpretación, la nulidad absoluta, por falta de competencia objetiva de la Directora, así como de los actos administrativos dictados por aquélla desde la “supresión” del órgano. Lo que implicaría, necesariamente, dejar huérfanas de protección las infracciones

cometidas por todos aquellos responsables de los tratamientos de datos personales que hubieran realizado tratamientos en contravención de las normas que regulan este derecho fundamental y hubieran sido sancionados, o advertidos, o a quienes se hubieran impuesto medidas conforme al artículo 58 RGPD durante todo este tiempo.

En definitiva, **una interpretación conforme al Derecho Fundamental a la protección de datos regulado en el artículo 18.4 CE y conforme al derecho europeo (artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)) necesariamente conduce a concluir que la interpretación más ajustada a derecho, en la situación que estamos analizando, consiste en reconocer la competencia de la Directora de la AEPD en funciones.**

En la misma línea de pensamiento se sitúan las anteriormente citadas sentencias de la Audiencia Nacional, en especial la sentencia de 9 de diciembre de 2022, al señalar que la ley no ha establecido limitaciones a las facultades de la Directora en funciones, al contrario de lo que ha hecho en otros casos, como por ejemplo al Gobierno en funciones según la ley del Gobierno.

## **V**

Una vez concluida la necesaria continuidad en funciones de la Directora de la AEPD hasta tanto sea formalmente acordado su cese mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, consideramos oportuno no cerrar esta consulta sin dejar de analizar la consiguiente imposibilidad de que sea dada de baja en nómina, y consecuentemente pueda dejar de percibir las retribuciones legalmente previstas para el ejercicio de su cargo hasta tanto dicho cese sea material y formalmente acordado, así como la inexistencia de responsabilidad contable derivada de estas actuaciones.

El régimen retributivo durante el cargo y la compensación tras el cese de los altos cargos se regula en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en sus artículos 4 y 6 respectivamente:

*“Artículo 4.1. Las retribuciones de los altos cargos serán públicas en los términos previstos por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y se fijarán de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso y dentro de los límites previstos en el presupuesto que les resulte aplicable”.*

*“Artículo 6.1. Quienes, de acuerdo con la normativa que sea de aplicación, tengan reconocido tal derecho, percibirán una compensación económica mensual, durante un período máximo de dos años y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

Desde la fecha de su nombramiento hasta hoy, la Directora de la AEPD ha percibido tanto las retribuciones que se fijan anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el cargo de Subsecretario o asimilado (sueldo, complemento de destino y complemento específico), estando previstas en la actualidad en el artículo 21.2 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de PGE para 2023; como la productividad inherente a su cargo, que de forma expresa fija anualmente la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos, por delegación de la Ministra de Hacienda.

El concepto de responsabilidad contable, al que se hace referencia tanto en el artículo 177.1.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, como en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, encuentra sus características esenciales en el artículo 38.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, al disponer que *“la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deban rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos por dolo, culpa, negligencia graves originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del Sector público (...)”*.

Pues bien, el alta en nómina de D<sup>a</sup> Mar España Martí trajo causa de su nombramiento como Directora de la AEPD mediante Real Decreto 715/2015, de 24 de julio, nombramiento que continúa vigente, y solo cabría su baja en nómina previo cese aprobado en Consejo de Ministros por Real Decreto.

En tal sentido se ha pronunciado la Intervención Delegada del Ministerio de Justicia en su reciente Informe de 21 de marzo de 2023, sobre Control de los gastos de personal de la Agencia Española de Protección de Datos en el período comprendido entre 1 de enero y 31 de diciembre de 2021 (Plan de Control Financiero Permanente 2022 (2022/927)), al indicar expresamente:

- i) *“En el momento de redactar este informe la Presidencia de la AEPD aún no ha sido nombrada y, por lo tanto, se mantiene en vigor el mandato de la Directora de la AEPD, tal y como se establece en la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 3/2018”.*
- ii) *“Debido a que el puesto de Presidencia de la AEPD se encontraba vacante durante el ejercicio 2021, parte del Estatuto de la AEPD, aprobado por el Real Decreto 428/1993, seguía vigente”.*
- iii) *“La dotación inicial de los créditos correspondientes a altos cargos (Artículo 10) en el ejercicio 2021 se duplicó. Este aumento se realizó con la previsión de remunerar el nuevo puesto de Presidente adjunto recogido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio; sin embargo, durante el ejercicio 2021 aún no se produjo el nombramiento de este alto cargo”.*
- iv) *“El puesto de alto cargo correspondiente a la persona titular de la Directora de la AEPD tiene dotación presupuestaria, pero no aparece en la RPT puesto que no procede su inclusión”.*

Expuesto lo cual, cabe destacar que la Intervención Delegada en el Ministerio de Justicia, como no podía ser de otra manera, valida la legalidad de la permanencia de D<sup>a</sup> Mar España Martí en el puesto de Directora de la AEPD y el abono de sus retribuciones como alto cargo de la Agencia Española de Protección de Datos, y no se plantea en ningún caso que existan hechos que puedan ser constitutivos de infracción administrativa, o dar lugar a responsabilidades contables o penales, pues en tal caso, conforme a la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) de 30 de julio de 2015, por la que se dictan instrucciones para el ejercicio del control financiero permanente, debiera haberlo puesto en conocimiento tanto de la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso de posibles infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria de las previstas en el artículo 28

de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como del Tribunal de Cuentas, en el caso de presunta responsabilidad contable.

Finalmente, se hace notar siguiendo esta misma línea de análisis que de ninguna manera la situación objeto de estudio en este informe podría constituir un menoscabo de los caudales públicos, conducente a generar la obligación de indemnizar al Tesoro por el daño y perjuicio ocasionados ex artículo 38 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, pues ningún daño o perjuicio ha ocasionado al Tesoro el percibo de sus respectivas retribuciones por parte de la Directora de la AEPD. Muy al contrario, semejante escenario daría lugar a un enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración, pues de lo que no hay duda es de que dichas funciones se han venido ejerciendo todos estos años, en el ámbito de una relación jurídica sinalagmática, y continúan siéndolo en la actualidad a la fecha de emisión de este informe.

## **CONCLUSIONES**

**Primera:** La cuestión controvertida en este informe consiste, en síntesis, en determinar si habiendo expirado el plazo de cuatro años del mandato por el que fue nombrada la última Directora de la AEPD con fecha de 24 de julio de 2015, y habiendo sido suprimido este cargo directivo a partir de la entrada en vigor del nuevo Estatuto de la AEPD, debe considerarse que esta situación debe conducir al decaimiento automático del ejercicio de sus funciones, o si por el contrario, no habiendo sido tal cosa prevista en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto no se acuerde su cese mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, ni sea nombrada la nueva Presidencia y Adjuntía de la AEPD, deberá continuar la citada Directora en el ejercicio de sus funciones, entre otras razones, a fin de evitar discontinuidad en el normal funcionamiento de las instituciones y estando obligada como lo está al ejercicio de sus funciones con plena dedicación al servicio público, ex artículo 26.2.a).2º. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

**Segunda:** Atendiendo a los criterios de interpretación y de integración de las normas (artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil) y a las previsiones contenidas en el artículo 12.3 del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, y artículo 53 RGPD, tal y como se ha explicado en las consideraciones de este informe, procede concluir que la falta de cese mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, determina la continuidad de la Directora de la AEPD en funciones.

**Tercera:** Los actos administrativos dictados por la Directora en funciones de la AEPD durante todo este período no son inválidos por falta de competencia, tal y como resulta del criterio reiteradamente sostenido por la Audiencia Nacional en sus sentencias de 9 y 23 de diciembre de 2022. Criterio igualmente aplicable a los actos dictados con posterioridad a la supresión del cargo de Directora de la AEPD acordado por el Real Decreto 389/2021.

**Cuarta:** Al haber sido realizada su alta en nómina dentro de la AEPD previa aportación de su nombramiento, mediante Real Decreto 715/2015, solo cabría su baja en nómina previo cese aprobado en Consejo de Ministros mediante Real Decreto; no siendo posible apreciar responsabilidad contable de la Directora por las retribuciones percibidas durante el período de ejercicio de sus competencias en funciones.