

Las consultas plantean una serie de cuestiones relacionadas con la posición jurídica y funciones del delegado de protección de datos.

I

Para el adecuado planteamiento de las cuestiones suscitadas es necesario partir de la diferente posición que, en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal, corresponden al responsable o encargado del tratamiento y al delegado de protección de datos, partiendo de que se trata de conceptos autónomos de derecho europeo que han de ser objeto de interpretación uniforme en toda la UE, tal y como se deriva del Considerando 10 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos -RGPD-)

Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea.

Tal y como expresa el TJUE (véanse apartados 81 y ss. de la **STJUE de 22 de junio de 2021, C-439/19**):

81 A este respecto, procede recordar que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión

*expresa al Derecho de los Estados miembros **para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión** (sentencias de 19 de septiembre de 2000, Linster, C-287/98, EU:C:2000:468, apartado 43, y de 1 de octubre de 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, apartado 47).*

En el momento presente, la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal se encuentra recogida en el citado Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD en lo sucesivo) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en lo sucesivo), por lo que deberá atenderse a las disposiciones contenidas en dichas normas respecto a las categorías de intervinientes en los tratamientos de datos de carácter personal.

Como punto de partida debemos acudir a lo indicado en el Considerando 79 del RGPD que señala que

(...)La protección de los derechos y libertades de los interesados, así como la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento, también en lo que respecta a la supervisión por parte de las autoridades de control y a las medidas adoptadas por ellas, requieren una atribución clara de las responsabilidades en virtud del presente Reglamento, incluidos los casos en los que un responsable determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros responsables, o en los que el tratamiento se lleve a cabo por cuenta de un responsable.(...)

El RGPD recoge la necesidad de establecer claramente el mapa de intervinientes en todo tratamiento de datos, al objeto de determinar con acierto la atribución de responsabilidades de acuerdo con la citada norma.

Esta regulación pretende que no queden supuestos de actuación fuera de su ámbito de aplicación, con el fin de dotar a las autoridades de supervisión, de los elementos necesarios para desarrollar su función y en definitiva para brindar a los ciudadanos europeos, la protección que merecen sus datos de carácter personal. Por tanto, cualquier actividad que conlleve el tratamiento de datos personales será atribuible a algún sujeto que cumpla los requisitos de las distintas categorías que ofrece el RGPD.

De acuerdo con lo indicado, el RGPD establece con carácter general (y sin perjuicio de las figuras del destinatario y tercero) tres supuestos de intervinientes en el tratamiento de datos personales: el responsable del

tratamiento, los corresponsables del tratamiento, y el encargado del tratamiento.

El RGPD define en su artículo 4.7 la figura del responsable del tratamiento o responsable como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.”

Junto a esta figura, el RGPD define en su artículo 26, el corresponsable del tratamiento determinando el régimen jurídico a que debe someterse:

“1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones de suministro de información a que se refieren los artículos 13 y 14, salvo, y en la medida en que, sus responsabilidades respectivas se rijan por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a ellos. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.”

Por tanto, para determinar el cumplimiento de obligaciones y la asunción de responsabilidades de cada corresponsable, habrá que estar al acuerdo que dé cobertura a su relación.

En el mismo sentido, para determinar la responsabilidad de cada corresponsable, el artículo 29 de la LOPDGDD ofrece otro parámetro adicional al citado acuerdo, al indicar que “La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento”.

En definitiva, la relación entre corresponsables vendrá determinada formalmente por el acuerdo que se prevé en el artículo 26 RGPD y materialmente de acuerdo con las actividades que realicen en relación con el tratamiento que se lleve a cabo.

Por otro lado, El RGPD define en su artículo 4.8) la figura del encargado del tratamiento o encargado como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

Como ya señalaba el Grupo del artículo 29, en su Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», el concepto de responsable era un concepto funcional dirigido a la asignación de responsabilidades, indicando que “El concepto de «responsable del tratamiento» y su interacción con el concepto de «encargado del tratamiento» desempeñan un papel fundamental en la aplicación de la Directiva 95/46/CE, puesto que determinan quién debe ser responsable del cumplimiento de las normas de protección de datos y la manera en que los interesados pueden ejercer sus derechos en la práctica. El concepto de responsable del tratamiento de datos también es esencial a la hora de determinar la legislación nacional aplicable y para el ejercicio eficaz de las tareas de supervisión conferidas a las autoridades de protección de datos”.

Asimismo, el citado Dictamen destacaba “las dificultades para poner en práctica las definiciones de la Directiva en un entorno complejo en el que caben muchas situaciones hipotéticas que impliquen la actuación de responsables y encargados del tratamiento, solos o conjuntamente, y con distintos grados de autonomía y responsabilidad” y que “El Grupo reconoce que la aplicación concreta de los conceptos de responsable del tratamiento de datos y encargado del tratamiento de datos se está haciendo cada vez más compleja. Esto se debe ante todo a la creciente complejidad del entorno en el que se usan estos conceptos y, en particular, a una tendencia en aumento, tanto en el sector privado como en el público, hacia una diferenciación organizativa, combinada con el desarrollo de las TIC y la globalización, lo cual puede dar lugar a que se planteen cuestiones nuevas y difíciles y a que, en ocasiones, se vea disminuido el nivel de protección de los interesados”.

No obstante, en el momento actual, hay que tener en cuenta que el RGPD ha supuesto un cambio de paradigma al abordar la regulación del derecho a la protección de datos personales, que pasa a fundamentarse en el principio de «accountability» o «responsabilidad proactiva» o «responsabilidad demostrada» tal y como ha señalado reiteradamente la AEPD (Informe 17/2019, entre otros muchos) y se recoge en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD): “la mayor novedad que presenta el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el

principio de responsabilidad activa, lo que 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”, debiendo tenerse en cuenta la naturaleza, el ámbito o alcance, el contexto y los fines del tratamiento de manera que permitan al responsable poder demostrar, en todo momento, que el tratamiento es conforme con el RGPD. Dentro de este nuevo sistema, es el responsable del tratamiento el que, a través de los instrumentos regulados en el propio RGPD como el registro de actividades del tratamiento, el análisis de riesgos o la evaluación de impacto en la protección de datos personales, quien debe garantizar la protección de dicho derecho mediante el cumplimiento de todos los principios recogidos en el artículo 5.1 del RGPD, documentando adecuadamente todas las decisiones que adopte al objeto de poder demostrarlo. De esta forma puede decirse que la seguridad jurídica del responsable se obtiene partiendo de una adecuada gestión de los riesgos que, de diversa probabilidad y gravedad, pudiera generar el tratamiento de datos personales para los derechos y libertades de los interesados.

Asimismo, partiendo de dicho principio de responsabilidad proactiva, dirigido esencialmente al responsable del tratamiento, y al objeto de reforzar la protección de los afectados, el RGPD ha introducido nuevas obligaciones exigibles no sólo al responsable, sino en determinados supuestos, también al encargado del tratamiento, quien podrá ser sancionado en caso de incumplimiento de las mismas.

A este respecto, las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD hacen especial referencia (apartado 93) a la obligación del encargado de garantizar que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria (artículo 28, apartado 3); la de llevar un registro de todas las categorías de actividades de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable (Artículo 30.2); la de aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo para los derechos y libertades de los interesados (artículo 32); la de designar un delegado de protección de datos bajo determinadas condiciones (artículo 37) y la de notificar al responsable del tratamiento sin dilación indebida al responsable del tratamiento las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento (artículo 33.2). Además, las normas sobre transferencias de datos a terceros países (capítulo V) se aplican tanto a los encargados como a los responsables. Y por ello el CEPD considera que el artículo 28 (3) del RGPD impone obligaciones directas a los encargados, incluida la obligación de ayudar al responsable del tratamiento a garantizar el cumplimiento.

Sin perjuicio de la atribución de obligaciones directas al encargado, las citadas Directrices, partiendo de que los conceptos de responsable y

encargado del RGPD no ha cambiado en comparación con la Directiva 95/46 / CE y que, en general, los criterios sobre cómo atribuir los diferentes roles siguen siendo los mismos (apartado 11), reitera que se trata de conceptos funcionales, que tienen por objeto asignar responsabilidades de acuerdo con los roles reales de las partes (apartado 12), lo que implica que en la mayoría de los supuestos deba atenderse a las circunstancias del caso concreto (case by case) atendiendo a sus actividades reales en lugar de la designación formal de un actor como "responsable" o "encargado" (por ejemplo, en un contrato), así como de conceptos autónomos, cuya interpretación debe realizarse al amparo de la normativa europea sobre protección de datos personales (apartado 13), y teniendo en cuenta (apartado 26) que la necesidad de una evaluación fáctica también significa que el papel de un responsable del tratamiento no se deriva de la naturaleza de una entidad que está procesando datos sino de sus actividades concretas en un contexto específico, por lo que la misma entidad puede actuar al mismo tiempo como responsable del tratamiento para determinadas operaciones de tratamiento y como encargado para otros, y la calificación como responsable o encargado debe evaluarse con respecto a cada actividad específica de procesamiento de datos.

Por consiguiente, conforme al principio de responsabilidad proactiva, es el responsable del tratamiento o, en su caso, el encargado del tratamiento, el obligado a garantizar y ser capaz de demostrar que el tratamiento se realiza de conformidad con las disposiciones del RGPD (artículo 5.2 y 24.1 del RGPD). Asimismo, es a ellos a quienes el RGPD impone obligaciones específicas, jurídicamente exigibles y cuyo incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad, a diferencia del DPD quien no es personalmente responsable en caso de incumplimiento del RGPD.

En este sentido nos pronunciamos ya en nuestro Informe 37/2020:

En relación con la primera de las distinciones, el RGPD es claro a la hora de imponer al responsable del tratamiento la obligación de cumplimiento de las medidas que el mismo prevé. Será así el responsable quien deba mantener un registro de operaciones de tratamiento, evaluar el riesgo concurrente en un determinado tratamiento de datos o desarrollar en su caso a evaluación de impacto exigida por el reglamento. Del mismo modo, será el que habrá de determinar las medidas técnicas y organizativas que hayan de adoptarse para garantizar la seguridad del tratamiento. Lógicamente, estas medidas se desarrollarán por quienes las tuvieran atribuidas dentro de la estructura del responsable, siendo especialmente relevantes a estos efectos los

distintos sujetos que participen activamente en la implantación de las medidas de seguridad de la información y, particularmente, el responsable de seguridad.

Frente a lo que acaba de indicarse, la función del delegado de protección de datos será la de prestar al responsable la asistencia y asesoramiento necesarios en el proceso de adopción de las medidas y supervisar que las mismas se han adoptado y se llevan a la práctica. Es decir, el delegado de protección de datos asesora al responsable y controla el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa de protección de datos de carácter personal.

En este sentido, el documento de directrices WP243, adoptado por el Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, señala que “El RGPD establece claramente que es el responsable y no el DPD quien está obligado a aplicar «medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento» (artículo 24, apartado 1). El cumplimiento de las normas en materia de protección de datos es responsabilidad corporativa del responsable del tratamiento, no del DPD”.

Por consiguiente, corresponde al responsable o al encargado del tratamiento adoptar las decisiones oportunas para garantizar el cumplimiento del RGPD, estableciendo, en virtud de su autonomía organizativa, la estructura que estime adecuada a estos efectos.

Asimismo, corresponde al responsable velar por el cumplimiento de las disposiciones del RGPD relativas al nombramiento, posición jurídica y funciones que corresponden al DPD, quien deberá contar con la autonomía y los recursos suficientes para desarrollar su labor de forma efectiva.

En este sentido, tal y como ha señalado reiteradamente esta Agencia, el DPD está llamado a desempeñar un papel fundamental dentro del nuevo modelo de responsabilidad proactiva, si bien sus funciones deben ajustarse a la naturaleza asesora y supervisora que al mismo le corresponde, conforme a las previsiones del artículo 39.1 del RGPD:

“1. El delegado de protección de datos tendrá como mínimo las siguientes funciones:

a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros;

b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;

c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35;

d) cooperar con la autoridad de control;

e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto.”

Se trata, por consiguiente, de funciones de asesoramiento y supervisión dirigidas a garantizar el adecuado cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, señalando el artículo 39.2 del RGPD que *“El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento”*. Asimismo, el artículo 38.1 establece claramente que *“El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales”*.

En relación con dichas funciones de asesoramiento, en nuestro Informe 170/2018 señalábamos lo siguiente:

Con respecto al asesoramiento del DPD al responsable en las evaluaciones de impacto, dicho asesoramiento, no puede interpretarse como una manera en la que el DPD reciba instrucciones del responsable o que participe en la toma de decisiones sobre los tratamientos. El asesoramiento del DPD con relación al responsable del tratamiento debe de entenderse de la siguiente forma:

- *El DPD asesora al responsable, tanto en las evaluaciones de impacto como en cualquier aspecto de las actividades de tratamiento que lleve a cabo.*
- *El responsable toma decisiones atendiendo, o no, al asesoramiento del DPD, pues es el responsable finalmente quien determina los fines y medios y quien asumirá las posibles consecuencias que para, los derechos y libertades de las personas, pudieran tener los tratamientos que lleva a cabo.*

Por lo tanto, corresponde únicamente y en última instancia, al responsable decidir el modo en que van a ser tratados los datos. El DPD asesora pero no decide sobre dicho modo en el que los datos van a ser tratados [...]

Además de las importantes funciones de asesoramiento que el DPD tiene asignadas, incluidos los supuestos en los que sea necesario realizar una evaluación de impacto por tratarse de tratamientos de alto riesgo, y precisando las funciones de supervisión, el artículo 36 de la LOPDGDD prevé que “*El delegado podrá inspeccionar los procedimientos relacionados con el objeto de la presente ley orgánica y emitir recomendaciones en el ámbito de sus competencias*”, que “*En el ejercicio de sus funciones el delegado de protección de datos tendrá acceso a los datos personales y procesos de tratamiento, no pudiendo oponer a este acceso el responsable o el encargado del tratamiento la existencia de cualquier deber de confidencialidad o secreto, incluyendo el previsto en el artículo 5 de esta ley orgánica*” y que “*Cuando el delegado de protección de datos aprecie la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos lo documentará y lo comunicará*

inmediatamente a los órganos de administración y dirección del responsable o el encargado del tratamiento”.

En ambos casos, tanto en el ejercicio de sus funciones asesoras y supervisoras, si el responsable o encargado no atiende a los criterios del DPD recogidos en sus informes o en sus recomendaciones, las Directrices sobre delegados de protección de datos recomiendan, como buena práctica *“documentar los motivos por los que no se sigue el consejo del DPD”.*

Asimismo, en cuanto a las relaciones con esta Agencia, debe tenerse en cuenta que corresponde al DPD, conforme al artículo 39.1.d) del RGPD, cooperar con la autoridad de control, siendo destacable a estos efectos la regulación que el artículo 37 de la LOPDGDD realiza de la intervención del delegado de protección de datos en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos:

“1. Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos el afectado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquéllos ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame.

En este caso, el delegado de protección de datos comunicará al afectado la decisión que se hubiera adoptado en el plazo máximo de dos meses a contar desde la recepción de la reclamación.

2. Cuando el afectado presente una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, aquellas podrán remitir la reclamación al delegado de protección de datos a fin de que este responda en el plazo de un mes.

Si transcurrido dicho plazo el delegado de protección de datos no hubiera comunicado a la autoridad de protección de datos competente la respuesta dada a la reclamación, dicha autoridad continuará el procedimiento con arreglo a lo establecido en el Título VIII de esta ley orgánica y en sus normas de desarrollo.

3. El procedimiento ante la Agencia Española de Protección de Datos será el establecido en el Título VIII de esta ley orgánica y en sus normas de desarrollo. Asimismo, las comunidades autónomas regularán el procedimiento correspondiente ante sus autoridades autonómicas de protección de datos.”

Por otro lado, el artículo 39.1.e) del RGPD establece también como funciones del DPD *“actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto”*. Precisamente, atendiendo al nuevo modelo establecido en el RGPD y a las funciones encomendadas al DPD en cuanto al asesoramiento al responsable y a la realización de consultas a la AEPD, es criterio reiterado de este Gabinete Jurídico que *“si el responsable del tratamiento tiene dudas sobre la base jurídica que pueda determinar la licitud de un determinado tratamiento deberá consultar a su delegado de protección de datos en los supuestos en que, como el presente, su designación es obligatoria, quien deberá prestarle el asesoramiento preciso. Sólo en el caso de que el delegado de protección de datos tuviera dudas jurídicas sobre el asunto sometido a su consideración que no puedan resolverse con los criterios ya informados por la AEPD o por tratarse de cuestiones nuevas derivadas de la aplicación del nuevo régimen jurídico de protección de datos de carácter personal y que tengan un alcance general en el que resulte conveniente un informe que contribuya a la seguridad jurídica, podrá elevar dicho delegado consulta a este Gabinete Jurídico, acompañando a dicha consulta su propio informe en el que se analicen detallada y motivadamente las cuestiones objeto de consulta”*. Así lo ha venido exponiendo esta Agencia en diferentes informes jurídicos, por todos, el 148/2019, 24 de noviembre de 2020.

En todo caso, el artículo 39.1 del RGPD debe considerarse, como recuerdan las Directrices sobre delegados de protección de datos, como *una lista de tareas mínimas de que debe encargarse el DPD*, pudiéndosele encomendar otras tareas, como la llevanza del registro de las actividades de tratamiento:

El artículo 39, apartado 1, establece una lista de tareas mínimas de que debe encargarse el DPD. Por tanto, nada impide que el responsable o el encargado del tratamiento asignen al DPD la tarea de mantener un registro de las operaciones de tratamiento bajo la

responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento. Dicho registro debe considerarse una de las herramientas que permiten al DPD realizar sus funciones de supervisión de la observancia de las normas y de información y asesoramiento al responsable o al encargado del tratamiento.

En cualquier caso, el registro que se debe mantener con arreglo al artículo 30 debe considerarse también una herramienta que permita al responsable y a la autoridad de control, si así lo solicitan, tener una perspectiva general de todas las actividades de tratamiento de los datos personales que una organización está llevando a cabo. Es, por tanto, un requisito previo para la observancia de las normas y, como tal, una medida efectiva de rendición de cuentas.

No obstante, la asignación de otras tareas deberá respetar, en todo caso, el carácter asesor y supervisor del DPD, sin que puedan implicar la intervención directa en la toma de decisiones referidas a los fines y medios del tratamiento, que afectaría a su independencia e implicarían la existencia de un conflicto de intereses. De este modo, la necesaria independencia del DPD y la necesidad de evitar los conflictos de intereses impide asignarle responsabilidades directas en un ámbito que va a tener que supervisar y en el que estaría sujeto a instrucciones de otros órganos.

Precisamente, en relación con el posible conflicto de intereses, las directrices sobre los delegados de protección de datos adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017, señalan lo siguiente:

3.5. Conflicto de intereses

El artículo 38, apartado 6, permite a los DPD «desempeñar otras funciones y cometidos». No obstante, requiere que la organización garantice que «dichas funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses».

La ausencia de conflicto de intereses está estrechamente ligada al requisito de actuar de manera independiente. Aunque los DPD puedan tener otras funciones, solamente podrán confiárseles otras tareas y cometidos si estas no dan lugar a conflictos de intereses. Esto supone, en especial, que el DPD no puede ocupar un cargo en la organización que le lleve a determinar los fines y medios del tratamiento

de datos personales. Debido a la estructura organizativa específica de cada organización, esto deberá considerarse caso por caso.

Como norma general, los cargos en conflicto dentro de una organización pueden incluir los puestos de alta dirección (tales como director general, director de operaciones, director financiero, director médico, jefe del departamento de mercadotecnia, jefe de recursos humanos o director del departamento de TI) pero también otros cargos inferiores en la estructura organizativa si tales cargos o puestos llevan a la determinación de los fines y medios del tratamiento. Asimismo, también puede surgir un conflicto de intereses, por ejemplo, si se pide a un DPD que represente al responsable o al encargado del tratamiento ante los tribunales en casos relacionados con la protección de datos.

Dependiendo de las actividades, tamaño y estructura de la organización, puede ser una práctica recomendable que los responsables y encargados del tratamiento:

- determinen los puestos que podrían ser incompatibles con la función de DPD;*
- elaboren normas internas a tal efecto con el fin de evitar conflictos de intereses;*
- incluyan una explicación más general sobre los conflictos de intereses;*
- declaren que su DPD no tiene ningún conflicto de intereses con respecto a sus funciones como DPD, como medio de concienciar sobre este requisito;*
- incluyan salvaguardias en las normas internas de la organización y garanticen que el anuncio de convocatoria para el puesto de DPD o el contrato de servicios sea lo suficientemente preciso y detallado para evitar un conflicto de intereses. En este contexto, debe tenerse en cuenta también que los conflictos de intereses pueden adoptar diversas formas en función de si el DPD se contrata interna o externamente.*

Por otro lado, el documento elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos sobre el “El delegado de protección de datos en las Administraciones Públicas” añade lo siguiente:

El RGPD prevé que el DPD podrá desarrollar su actividad a tiempo completo o a tiempo parcial y también que podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar

sus funciones en el marco de un contrato de servicios. En órganos, organismos o entes de gran tamaño en que exista un único DPD lo habitual será que desempeñe sus funciones a tiempo completo. Es, incluso, posible que el DPD formalmente nombrado esté respaldado por una unidad específicamente dedicada a la protección de datos. En entidades de menor tamaño será posible que el DPD compagine sus funciones con otras. Si éste es el caso, debe tenerse en cuenta la necesidad de evitar conflictos de intereses entre las diversas ocupaciones. El DPD actúa como asesor y supervisor interno, por lo que ese puesto no puede ser ocupado por personas que, a la vez, tengan tareas que impliquen decisiones sobre la existencia de tratamientos de datos o sobre el modo en que van a ser tratados los datos (p.ej.: responsables de ITC, o responsables de seguridad de la información).

De lo anterior se extrae que, al margen de la fórmula adoptada para su nombramiento, la designación del delegado de protección de datos ha de responder a las exigencias derivadas del principio de independencia en el desarrollo de su actividad, debiendo garantizarse que el desempeño de sus funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.

Por consiguiente, deben diferenciarse claramente dentro de una organización el ejercicio de las funciones de carácter decisorio que le corresponden en su condición de responsable o encargado del tratamiento, evitando los conflictos de interés al DPD en el ejercicio de sus funciones asesoras y supervisoras, quien precisamente por la naturaleza de estas funciones no está sujeto a responsabilidad por el incumplimiento del RGPD, tal y como razonábamos en el Informe 37/2020:

Para concluir, y sin perjuicio de las infracciones específicas relacionadas con el DPD anteriormente citadas, hay que resaltar que, en la práctica, el delegado de protección de datos asume principalmente funciones de asesoramiento y supervisión en beneficio del responsable o encargado. Sin embargo, como señala claramente el RGPD en diferentes preceptos, el responsable tendrá responsabilidad plena ante la ley por cualquier fallo en ese sentido, sin que, en ningún caso, dicha responsabilidad recaiga sobre el DPD.

Concretamente, tal y como dispone el artículo 5.2 del RGPD, “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)”, y es al responsable al que le corresponde aplicar “medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento” (artículo 24.1. del RGPD)

En otras palabras, esa responsabilidad no descansa sobre el DPD, como también se desprende del artículo 39 del RGPD -que enfatiza sus tareas de asesoramiento y apoyo-, sino en el propio responsable, o, en su caso, en el encargado del tratamiento. En consecuencia, los responsables y los encargados de los tratamientos serán los principales interesados en velar por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la correcta designación del DPD y por facilitarle el ejercicio de sus funciones ya que, en otro caso, serán los que respondan ante un eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos.

En este sentido, en las “Directrices sobre los Delegados de Protección de Datos” -WP243, del Grupo del Artículo 29, se indica expresamente que:

“Los DPD no son personalmente responsables en caso de incumplimiento del RGPD. El RGPD deja claro que es el responsable o el encargado del tratamiento quien está obligado a garantizar y ser capaz de demostrar que el tratamiento se realiza de conformidad con sus disposiciones (artículo 24, apartado 1). El cumplimiento de las normas sobre protección de datos es responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento.

Asimismo, el responsable o el encargado del tratamiento tiene un papel fundamental a la hora de posibilitar el desempeño efectivo de las tareas del DPD. El nombramiento de un DPD es un primer paso, pero el DPD debe contar además con la autonomía y los recursos suficientes para desarrollar su labor de forma efectiva.”

En este mismo sentido, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2023, asunto C-453/21 Caso X-FAB Dresden GmbH & Co. KG contra FC, se pronuncia sobre las funciones del DPD en los siguientes términos:

43

En tercer lugar, por lo que respecta al contexto en el que se inscribe el artículo 38, apartado 6 , del RGPD (LCEur 2016, 605) , ha de señalarse que, según el artículo 39, apartado 1, letra b) , del RGPD, el delegado de protección de datos tiene por función, en particular, supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el RGPD (LCEur 2016, 605) , de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluidas la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes.

44

De ello se deduce, en particular, que no se pueden encomendar a un delegado de protección de datos funciones o cometidos que le lleven a determinar los fines y los medios del tratamiento de datos personales del responsable del tratamiento o de su encargado. En efecto, conforme al Derecho de la Unión o al Derecho de los Estados miembros en materia de protección de datos, el control de esos fines y medios debe ser efectuado de manera independiente por dicho delegado.

45

La determinación de la existencia de un conflicto de intereses, en el sentido del artículo 38, apartado 6 , del RGPD (LCEur 2016, 605) , debe efectuarse caso por caso, sobre la base de una apreciación del conjunto de las circunstancias pertinentes, en particular, de la estructura organizativa del responsable del tratamiento o de su encargado y a la luz de toda la normativa aplicable, incluidas las eventuales políticas de estos últimos.

46

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 38, apartado 6 , del RGPD (LCEur 2016, 605) debe interpretarse en el sentido de que

puede existir un «conflicto de intereses», en el sentido de esta disposición, cuando se encomienden a un delegado de protección de datos otras funciones o cometidos que llevarían a este a determinar los fines y los medios del tratamiento de datos personales en el seno del responsable del tratamiento o de su encargado, lo que incumbe determinar en cada caso al juez nacional sobre la base de todas las circunstancias pertinentes, en particular de la estructura organizativa del responsable del tratamiento o de su encargado y a la luz de toda la normativa aplicable, incluidas las eventuales políticas de estos últimos.

II

Partiendo de la diferenciación entre las funciones decisorias que corresponde al responsable o encargado y las asesoras y supervisoras del DPD, la entidad consultante manifiesta que no tiene reconocido ningún puesto específico para el desempeño de las funciones especializadas del responsable o encargado del tratamiento ligadas a la gestión de la privacidad y la protección de datos, de modo que estas funciones han venido siendo desempeñadas en la práctica por el DPD, razón por la cual la Dirección ha considerado necesario reforzar los recursos dedicados a asegurar el cumplimiento de la normativa en materia de privacidad y protección de datos mediante un cambio de organización caracterizado, en primer término, por la separación de las funciones de gestión o gobierno de la privacidad y protección de datos, que le corresponde como responsable y encargada del tratamiento, de la función de asesoramiento y supervisión encomendada al DPD y la creación de un nuevo puesto de Responsable de Privacidad y Protección de Datos integrado en la línea jerárquica de la entidad que asume todas las funciones especializadas en materia de protección de datos que no son las funciones propias del puesto de DPD que establecen el RGPD y la LOPDGDD.

Asimismo, la entidad consultante incluye una descripción de la distribución de funciones entre el DPD y el Responsable de Privacidad y Protección de Datos mediante un sistema de doble lista.

De este modo, corresponderían al DPD las siguientes funciones:

- Dar asesoramiento y apoyo a los distintos puestos de trabajo dentro de la organización que realicen funciones de coordinación o que tengan responsabilidad funcional en materia de protección de datos y privacidad.
- Elaborar, mantener actualizada y controlar las evidencias de cumplimiento de protección de datos.
- Canalizar y detectar normas y estándares y realizar el mapa de cumplimiento en privacidad y la gestión de jurisdicciones implicadas.
- Asesorar en los procesos de revisión y supervisión y acreditación / certificación.
- Asesorar en los procesos de Evaluaciones de Impacto.
- Asesorar sobre las actividades de formación internas que actividades de formación internas proporcionar al personal o a los directivos encargados de las actividades de protección de datos.
- Asesoramiento y seguimiento incidentes de protección de datos.
- Gestión de reclamaciones, quejas y consultas, colaborando con los departamentos internos.
- Colaboración en la preparación documental para Comité de Dirección.
- Asesorar sobre qué ámbitos deben ser objeto de una auditoría de protección de datos interna o externa.
- Colaborar, con voz, pero sin voto, en las reuniones de Comités, Comisiones, Grupos de Trabajo internas y/o externas.

En cuanto al Responsable de privacidad y protección de datos, se le atribuyen las siguientes funciones:

- Realizar un monitoreo con la recogida y canalización de los KPI's.
- Realizar los procesos de Gestión de Riesgos en Privacidad y colaborar con los procesos de otros sistemas.
- Realizar los procesos de Evaluaciones de Impacto.
- Preparación y seguimiento de la formación y concienciación en materia de privacidad.
- Gestión y seguimiento incidentes de protección de datos.

- Gestión de terceros, coordinación y seguimiento de los términos y obligaciones relacionados con privacidad.
- Preparación documental para Comité de Dirección, colaborar en las reuniones de Comités, Comisiones, Grupos de Trabajo internas y/o externas.
- Gestión de las auditorías internas o externas que la Dirección de decida poner en marcha.

Tal y como se ha indicado, corresponde a la entidad consultante, en cuanto responsable de los tratamientos de datos personales y, en su caso, encargada del tratamiento, establecer la organización que estime más adecuada, en virtud de su autonomía organizativa, para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, respetando las funciones asesoras y supervisoras propias del DPD.

En este sentido, esta Agencia considera que es conforme a legislación en materia de protección de datos y privacidad el cambio de organización propuesto, que separa de una manera clara el desarrollo de las funciones que corresponden al DPD del desarrollo de las funciones que corresponden al responsable o encargado del tratamiento.

Asimismo, se considera conforme con dicha normativa la distribución de funciones propuesta mediante la doble lista de competencias, que concreta el cambio de organización que separa por materias las funciones propias del puesto del DPD de las funciones propias del nuevo puesto de responsable de privacidad y protección de datos, garantizando que el DPD participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales.

III

A continuación, procede analizar una serie de cuestiones planteadas respecto de la posición e independencia del DPD atendiendo a su encuadramiento dentro de la organización del responsable, para lo cual se debe partir de las previsiones contenidas en el artículo 38 del RGPD, singularmente de lo dispuesto en su apartado 3:

3. El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado.

Asimismo, el artículo 36.2 de la LOPDGDD establece lo siguiente:

2. Cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio. Se garantizará la independencia del delegado de protección de datos dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses.”

Analizando dicho régimen, en el Informe 100/2019 señalábamos lo siguiente:

De lo anterior se extrae que, al margen de la fórmula adoptada para su nombramiento, la designación del delegado de protección de datos ha de responder a las exigencias derivadas del principio de independencia en el desarrollo de su actividad, debiendo garantizarse que el desempeño de sus funciones y cometidos no den lugar a conflicto de intereses.

La provisión de delegado de protección de datos en las organizaciones públicas o privadas exige que la selección se ajuste a los requisitos legalmente establecidos y, en especial, que se acrediten los conocimientos especializados en derecho y práctica de la protección de datos que señala el RGPD. Por lo demás, la fórmula adoptada para el nombramiento de DPD dependerá de la decisión adoptada por la entidad en la que desempeñe sus funciones, como consecuencia de su autonomía organizativa.

Sin embargo, las cuestiones relativas a la autonomía de las organizaciones en las que se encuadren los delegados, claramente derivadas en la normativa analizada en este informe, no pueden ser óbice para la necesaria garantía de la independencia del delegado de

protección de datos -ex artículo 38 RGPD- en el marco de las relaciones jurídicas internas y externas que mantenga en el desarrollo de sus funciones.

Así, en todo caso, resultará exigible, tal y como prevé el artículo 36 de la LOPDGDD, que (i) cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos no pueda ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio, que (ii) se garantice la independencia del delegado de protección de datos dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses, y que (iii) cuando el delegado de protección de datos aprecie la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos lo documente y comunique inmediatamente a los órganos de administración y dirección del responsable o el encargado del tratamiento.

En definitiva, si bien la Sección 4 del CAPÍTULO IV, del RGPD -artículos 37 a 39-, contempla para los DPD amplias posibilidades en cuanto a su nombramiento y encuadre en la organización de las entidades a las que se refiere su designación, no es menos cierto que dicha autonomía debe conciliarse con las exigencias derivadas del principio de independencia del delegado, debiendo garantizarse que el ejercicio de sus funciones no dé lugar situaciones de incompatibilidad, ni a conflicto de intereses.

En las normas jurídicas que regulan la figura del delegado de protección de datos, se configuran el requisito de su independencia como consustancial al desempeño de sus funciones.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la posición jurídica del DPD y la necesaria garantía de su independencia funcional en la Sentencia de 22 de junio de 2022, asunto C-534/20, Caso Leistritz AG contra LH y en la ya citada Sentencia de 9 de febrero de 2023, asunto C-453/21 Caso X-FAB Dresden GmbH & Co. KG contra FC.

La primera de estas sentencias razona en el siguiente sentido:

De entrada, procede señalar que el RGPD (LCEur 2016, 605) no define los conceptos «destituido», «sancionado» y «por desempeñar sus funciones», que figuran en ese artículo 38, apartado 3, segunda frase.

21

Dicho esto, en primer término, conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, la prohibición impuesta al responsable o encargado del tratamiento de destituir a un delegado de protección de datos o de sancionarlo significa, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en los puntos 24 y 26 de sus conclusiones, que dicho delegado debe estar protegido contra cualquier decisión que ponga fin a sus funciones, le sea desfavorable o constituya una sanción.

22

A este respecto, pueden constituir una decisión de ese tipo las medidas de despido de un delegado de protección de datos que adopte su empleador y que pongan fin a la relación laboral existente entre ese delegado y el empleador, así como, por tanto, también a la función de delegado de protección de datos en el seno de la empresa de que se trate.

23

En segundo término, es preciso señalar que el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) se aplica indistintamente tanto al delegado de protección de datos que forma parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento como a quien desempeña sus funciones en el marco de un contrato de servicios celebrado con estos últimos, de conformidad con el artículo 37, apartado 6, del RGPD.

24

De ello se deduce que el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) está destinado a aplicarse a las relaciones entre un delegado de protección de datos y un responsable o encargado del tratamiento, con independencia de la naturaleza de la relación laboral que une a dicho delegado con estos últimos.

25

En tercer término, procede señalar que esa disposición establece un límite que consiste, como ha subrayado el Abogado General, en esencia, en el punto 29 de sus conclusiones, en prohibir el despido de un delegado de protección de datos por un motivo basado en el desempeño de sus funciones, que comprenden, en particular, en virtud del artículo 39, apartado 1, letra b), del RGPD (LCEur 2016, 605), la

supervisión del cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho de los Estados miembros en materia de protección de datos y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales.

26

En segundo lugar, por lo que respecta al objetivo perseguido por el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) , procede señalar, en primer término, que el considerando 97 de este enuncia que los delegados de protección de datos, sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente. A este respecto, tal independencia debe necesariamente permitirles ejercer estas funciones de conformidad con el objetivo del RGPD, que tiene como finalidad, en particular, tal y como se desprende de su considerando 10, garantizar un nivel elevado de protección de las personas físicas dentro de la Unión y, a tal efecto, garantizar en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de esas personas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea (sentencia de 6 de octubre de 2020, La Quadrature du Net y otros, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791, apartado 207 y jurisprudencia citada).

27

En segundo término, el objetivo de garantizar la independencia funcional del delegado de protección de datos, tal como se desprende del artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) , se deduce asimismo de ese artículo 38, apartado 3, frases primera y tercera, que exige que el delegado no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones y rinda cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado del tratamiento, así como del artículo 38, apartado 5, que establece que el mencionado delegado está obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en el desempeño de sus funciones.

28

De este modo, el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) , al amparar al delegado de protección de datos contra cualquier decisión que ponga fin a sus funciones, le sea desfavorable o constituya una sanción, cuando tal decisión esté relacionada con el desempeño de sus funciones, debe considerarse

dirigido esencialmente a preservar la independencia funcional del delegado de protección de datos y, por lo tanto, a garantizar la efectividad de las disposiciones del RGPD. En cambio, esta disposición no tiene por objeto regular globalmente las relaciones laborales entre un responsable o un encargado del tratamiento y las personas que forman parte de su plantilla, relaciones que solo pueden verse afectadas de forma accesorio, en la medida estrictamente necesaria para la consecución de estos objetivos.

29

Esta interpretación se ve corroborada, en tercer lugar, por el contexto en el que se inscribe dicha disposición y, en particular, por el fundamento jurídico sobre cuya base el legislador de la Unión adoptó el RGPD (LCEur 2016, 605) .

30

En efecto, de la exposición de motivos del RGPD (LCEur 2016, 605) se desprende que este se adoptó sobre la base del artículo 16 TFUE (RCL 2009, 2300) , cuyo apartado 2 dispone, en particular, que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas, por una parte, sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y, por otra parte, sobre la libre circulación de estos datos.

31

En cambio, al margen de la protección específica del delegado de protección de datos prevista en el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) , la fijación de normas relativas a la protección contra el despido de un delegado de protección de datos empleado por un responsable o encargado del tratamiento no está comprendida ni en la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ni en la libre circulación de estos datos, sino en el ámbito de la política social.

32

A este respecto, es preciso tener presente, por una parte, que, en virtud del artículo 4 TFUE (RCL 2009, 2300) , apartado 2, letra b), la Unión y los Estados miembros disponen, en el ámbito de la política social, en los aspectos definidos en el Tratado FUE, de una competencia

compartida en el sentido del artículo 2 TFUE, apartado 2. Por otra parte, tal como precisa el artículo 153 TFUE, apartado 1, letra d), la Unión apoya y completa la acción de los Estados miembros en el ámbito de la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato laboral (véase, por analogía, la sentencia de 19 de noviembre de 2019 (TJCE 2019, 251) , TSN y AKT, C-609/17 y C-610/17, EU:C:2019:981 (TJCE 2019, 251) , apartado 47).

33

Dicho esto, como resulta del artículo 153 TFUE (RCL 2009, 2300) , apartado 2, letra b), el Parlamento y el Consejo pueden adoptar, mediante Directivas, disposiciones mínimas a este respecto, no pudiendo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la luz del artículo 153 TFUE, apartado 4, tales disposiciones mínimas impedir a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de noviembre de 2019 (TJCE 2019, 251) , TSN y AKT, C-609/17 y C-610/17, EU:C:2019:981 (TJCE 2019, 251) , apartado 48).

34

De ello se desprende, como ha subrayado el Abogado General, en esencia, en el punto 44 de sus conclusiones, que cada Estado miembro tiene libertad, en el ejercicio de su competencia reservada, para establecer disposiciones específicas más protectoras en materia de despido del delegado de protección de datos, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Derecho de la Unión y, en particular, con las disposiciones del RGPD (LCEur 2016, 605) , y en concreto, su artículo 38, apartado 3, segunda frase.

35

En particular, como ha señalado el Abogado General en los puntos 50 y 51 de sus conclusiones, tal protección reforzada no ha de poner en peligro la consecución de los objetivos del RGPD (LCEur 2016, 605) . Pues bien, así sucedería si esta impidiera cualquier despido, por parte de un responsable o de un encargado del tratamiento, de un delegado de protección de datos que ya no tuviera las cualidades profesionales requeridas para ejercer sus funciones o que no las cumpliera conforme a las disposiciones del RGPD.

36

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD (LCEur 2016, 605) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que un responsable o un encargado del tratamiento solo puede despedir a un delegado de protección de datos que forme parte de su plantilla por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado, siempre que esa normativa no ponga en peligro la consecución de los objetivos del RGPD.

Por consiguiente, en relación con el encuadramiento del DPD dentro de la estructura del responsable, se trata, de nuevo, de una cuestión organizativa que puede adoptarse libremente por el responsable o encargado del tratamiento, con el único límite de respetar la independencia funcional del DPD, *que exige que el delegado no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones y rinda cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado del tratamiento.*

Asimismo, como recuerdan las Directrices sobre los delegados de protección de datos al analizar los recursos necesarios que deben facilitarse al DPD para el desempeño de sus funciones, se debe tener en cuenta un “*apoyo activo a la labor del DPD por parte de la alta dirección (al nivel del consejo de administración)*”.

No obstante, la necesidad de rendir cuentas directamente al más alto nivel jerárquico, así como ese apoyo que debe prestar la alta dirección, no implica necesariamente que el DPD deba depender directamente del máximo órgano de dirección o administración, sino que podrá depender de otros órganos siempre que tenga el nivel adecuado dentro de la estructura del responsable o encargado para permitirle el adecuado ejercicio de sus funciones y se garantice su independencia funcional y la ausencia de conflictos de interés.

Por consiguiente, se estima conforme a la legislación en materia de protección de datos que el puesto de DPD dependa de un puesto de la Alta Dirección de la entidad consultante, que son puestos que dependen directamente del Presidente y cuyos titulares son nombrados y cesados por el

Consejo de Administración y, en particular, de la Secretaría del Consejo, que no tiene asignadas funciones ejecutivas.

Todo ello sin perjuicio de que deba garantizarse la rendición de cuentas directamente al más alto nivel jerárquico, bien en casos concretos que por su importancia así lo requieran, bien mediante la elaboración de un informe anual de las actividades del DPD, tal y como recoge las Directrices sobre delegados de protección de datos:

El responsable o el encargado del tratamiento sigue siendo responsable del cumplimiento de la normativa de protección de datos y debe ser capaz de demostrar dicho cumplimiento. Si el responsable o el encargado del tratamiento toma decisiones que son incompatibles con el RGPD y el consejo del DPD, este debe tener la posibilidad de expresar con claridad sus discrepancias al más alto nivel de dirección y a los encargados de la toma de decisiones. A este respecto, el artículo 38, apartado 3, establece que el DPD «rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado». Dicha notificación directa garantiza que la alta dirección (p. ej. el consejo de administración) está informada del consejo y recomendaciones del DPD, como parte de la misión del DPD de informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento. Otro ejemplo de notificación directa es la elaboración de un informe anual de las actividades del DPD que se presentará al más alto nivel directivo.

Por otro lado, la necesidad de garantizar la independencia funcional del DPD y la protección que al mismo se le dispensa no afecta otras cuestiones derivadas de la relación laboral que el DPD puede tener con el responsable o encargado, ya que dicha independencia únicamente alcanza, como ha señalado el TJUE, al desempeño de sus funciones como DPD, es decir, a la supervisión del cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho de los Estados miembros en materia de protección de datos y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, no pudiendo recibir ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones.

Pero como recuerdan las sentencias anteriormente citadas, el artículo 38.3 del RGPD *“no tiene por objeto regular globalmente las relaciones laborales entre un responsable o un encargado del tratamiento y las personas que forman parte de su plantilla, relaciones que solo pueden verse afectadas de forma accesorio, en la medida estrictamente necesaria para la consecución de estos objetivos”*. (Sentencia Leistritz, apartado 28).

De este modo, el empresario conserva los poderes que le otorga la normativa laboral para el adecuado cumplimiento y control del contrato de trabajo, que solo se ven modulados en la medida necesaria para garantizar la independencia funcional del DPD, pudiendo ejercerlos dentro del respeto a dicha independencia y de forma que la misma no se vea perjudicada y teniendo en cuenta que, conforme al artículo 36.2 de la LOPDGDD el DPD no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio.

Por tanto, en la medida en que no se afecte directamente al desarrollo de las funciones que corresponden en virtud de la normativa sobre protección de datos personales al DPD, el empresario podrá, tal y como se indica en la consulta, ejercer las siguientes funciones:

- Autorización de vacaciones y control del cumplimiento de la jornada laboral.
- Aprobación de planes de formación y de carrera y control del cumplimiento del plan de formación.
- Aplicación de las reglas de promoción o retribución que corresponden a puestos de igual nivel o categoría que el asignado al DPD.
- Asignación de despacho o lugar en las oficinas de la empresa.
- Selección de herramientas informáticas corporativas, como la herramienta corporativa para el seguimiento de riesgos o los sistemas de archivo de documentación.
- Asignación de medios materiales para el desempeño de su función, como la decisión de cuánto sustituir el ordenador o el teléfono de empresa.

Asimismo, si al DPD se le han asignado otras funciones y cometidos conforme al artículo 38.6 del RGPD, en el ejercicio de estas funciones y cometidos quedará plenamente sujeto al poder de dirección y control del empresario, al no quedar afectadas las mismas por su independencia funcional.

No obstante, la asignación de otras funciones y cometidos no pueden dar lugar a conflicto de interés, por lo que no se podrá tratar de funciones de protección de del responsable o encargado que impliquen la participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento.

Para concluir este apartado, debe recordarse que, incluso en relación con el ejercicio de sus funciones como DPD, y partiendo de la necesaria garantía de su independencia funcional, el empresario no se ve desprovisto totalmente de sus facultades de control y supervisión, ya que como recuerda la jurisprudencia del TJUE citada, *“tal protección reforzada no ha de poner en peligro la consecución de los objetivos del RGPD”* y *“así sucedería si esta impidiera cualquier despido por parte de un responsable o de un encargado del tratamiento, de un delegado de protección de datos que ya no tuviera las cualidades profesionales requeridas para ejercer sus funciones o que no las cumpliera conforme a las disposiciones del RGPD”* (Sentencia Leistriz AG de 22 de junio de 2022 apartado 35) y que *“el RGPD tiene por objeto garantizar un nivel elevado de protección de las personas físicas dentro de la Unión por lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, y que, para lograr ese objetivo, el delegado de protección de datos debe estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente, por lo que una protección reforzada del delegado de protección de datos que impidiera toda destitución de este en el supuesto de que no estuviera o hubiera dejado de estar en condiciones de desempeñar sus cometidos de manera independiente debido a la existencia de un conflicto de intereses pondría en peligro la consecución de ese objetivo* (Sentencia X-FAB Dresden de 9 de febrero de 2023, apartados 33 y 34).

De ahí que el artículo 36.2 de la LOPDGDD permita que el DPD pueda ser removido o sancionado en caso de incurrir en dolo o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones.

IV

El siguiente bloque de preguntas va referido al ejercicio concreto por el DPD de sus funciones propias y la forma de articular las relaciones con el responsable o encargado del tratamiento, en particular si el DPD debe informar al responsable o encargado de las actuaciones realizadas en el ejercicio de dichas funciones en cuestiones tales como:

- Informar al responsable de la decisión de elevar consulta a la Agencia Española de Protección de Datos.
- Informar al responsable de las consultas elevadas a la Agencia Española de Protección de Datos y de su respuesta.
- Informar al responsable cuando solicita el asesoramiento de consultores externos que el responsable ha contratado para permitir al Delegado de Protección de Datos el adecuado desarrollo de sus funciones y del contenido de dicho asesoramiento.
- Informar al responsable de las consultas recibidas por el Delegado de Protección de Datos y de su respuesta.
- Informar al responsable de los criterios (dando vista de los documentos que incorporan tales criterios) que aplica en sus funciones de asesoramiento y control, tales como los criterios para valorar evaluación y seguimiento de riesgos o los análisis de impacto.
- Informar al responsable de la documentación que guarda para acreditar el cumplimiento de la normativa en materia de privacidad y protección de datos.

Tal y como se viene señalando a lo largo del presente informe, la figura del DPD está llamada a desempeñar un papel fundamental en el cumplimiento del RGPD, realizando una función de naturaleza asesora y supervisora, así como facilitando las relaciones con las autoridades de control actuando como intermediario, debiendo el responsable y el encargado facilitarle los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones. Pero, en todo caso, son el responsable o el encargado del tratamiento los que siguen siendo responsables del cumplimiento de la normativa de protección de datos, debiendo ser capaces de demostrar dicho cumplimiento.

Por consiguiente, el DPD debe facilitar a los responsables y encargados del tratamiento toda la información derivada del ejercicio de sus funciones que los mismos precisen para el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo recordarse que el criterio del DPD no es vinculante, si bien el responsable o el encargado deberán documentar los motivos por los que no siguen el consejo del DPD, lo que requiere, inexorablemente, conocer la actuación desarrollada por el DPD. En este sentido, precisamente, una de las garantías previstas en el RGPD es la de que el responsable o encargado garanticen la participación del DPD en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales, de modo que su opinión sea siempre debidamente tenida en cuenta, lo que implica que el responsable o encargado pueda solicitarle toda la información que estime oportuna relacionada con el ejercicio de sus funciones asesoras y supervisoras, siendo los destinatarios naturales de dicha información. A este

respecto, como ya se ha visto, el artículo 38. 3 del RGPD establece que el DPD *“rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado”*. Como recuerdan las Directrices sobre los delegados de protección de datos *“Dicha notificación directa garantiza que la alta dirección (p. ej. el consejo de administración) está informada del consejo y recomendaciones del DPD, como parte de la misión del DPD de informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento. Otro ejemplo de notificación directa es la elaboración de un informe anual de las actividades del DPD que se presentará al más alto nivel directivo”*.

Asimismo, tal y como hemos analizado anteriormente, dicha información puede solicitarse en el ejercicio de sus poderes de control derivados de la relación laboral, con el único límite de garantizar su independencia funcional, lo que impide al responsable o encargado darle instrucciones en lo que respecta al desempeño de dichas funciones, así como el no poder ser removido ni sancionado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio.

Por otro lado, se plantea como cuestión específica respecto de las relaciones entre el DPD y el responsable o encargado del tratamiento si éstos pueden requerir al DPD que eleve una consulta a esta Agencia Española de Protección de Datos sobre cuestiones fijadas por el responsable o encargado del tratamiento o si, por el contrario, el Delegado de Protección de Datos cuenta con autonomía para decidir no elevar la consulta requerida por el responsable o encargado y si, en este último caso, el DPD está obligado a comunicar esta decisión al responsable o encargado del tratamiento y si dicha comunicación debe ser motivada.

En este caso, debe partirse de las funciones que el artículo 39 atribuye al DPD, entre las que se encuentra en su letra e) la de *“actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto”*.

La función de consulta a la autoridad de control se encuadra, por consiguiente, entre las funciones propias del DPD, protegida por su independencia funcional, lo que implica que no puede recibir instrucciones respecto de su desempeño. De este modo, el responsable o encargado podrá solicitar el asesoramiento del DPD, y si éste lo estima oportuno, podrá formular consulta a la autoridad de control, pero sin que pueda recibir instrucciones al respecto.

En este sentido se pronuncian las Directrices sobre los delegados de protección de datos:

“Esto significa que, en el desempeño de sus tareas con arreglo al artículo 39, no debe instruirse a los DPD sobre cómo abordar un asunto, por ejemplo qué resultado debería lograrse, cómo investigar una queja o

si se debe consultar a la autoridad de control. Asimismo, no se les debe instruir para que adopten una determinada postura con respecto a un asunto relacionado con la ley de protección de datos, por ejemplo, una interpretación concreta de la ley”.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que el responsable del adecuado cumplimiento de la normativa sobre protección de datos sigue siendo el responsable o encargado del tratamiento, quienes no están vinculados por el criterio de su DPD, el cual no es responsable desde la perspectiva de la aplicación del RGPD. Todo ello sin perjuicio de que entre sus funciones se encuentre, como recuerdan las Directrices sobre delegados de protección de datos, la de actuar *“como intermediarios entre las partes interesadas correspondientes (p. ej. autoridades de control, interesados y unidades de negocio dentro de una organización)”*. Para el adecuado ejercicio de estas funciones y el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales, es deseable y necesaria una adecuada interlocución entre los distintos sujetos intervinientes.

Además, en determinadas ocasiones, el propio RGPD establece la obligación de solicitar el asesoramiento de las autoridades de control a los responsables del tratamiento, como es el caso de la consulta previa del artículo 36, razón por la cual el punto 6 del apartado quinto de la Instrucción 1/2021, de 2 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se establecen directrices respecto de la función consultiva de la Agencia, prevé que *“Las consultas previas deberán estar firmadas por el responsable y tendrán entrada en esta Agencia a través del canal de consultas previas dispuesto por la AEPD en su sede electrónica”* y contarán con la *fecha, firma y datos de contacto del responsable del tratamiento, de quien ha elaborado la EIPD y, en caso de que exista o deba existir DPD, fecha, firma y datos de contacto del DPD* (punto 5.b apartado quinto).

Asimismo, la independencia funcional del DPD no puede poner en peligro la consecución de los objetivos del RGPD, lo que implica poder valorar si el DPD mantiene las cualidades requeridas para ejercer sus funciones o si no las está cumpliendo conforme a las disposiciones del Reglamento (Sentencias TJUE *Leistritz*, apartado 35 y *X-FAB Dresden* apartado 32).

Por todo ello, si bien el responsable o encargado no puede instruir al DPD sobre la necesidad de consultar a la autoridad de control, y la Instrucción 1/2021 contempla como regla general que las consultas se formalicen por el DPD, este Gabinete Jurídico considera que, en el caso excepcional en el que ante una cuestión relevante en materia de protección de datos personales que tenga alcance general y no exista un criterio previo de la AEPD y en la cual el responsable o encargado discrepe del criterio de su DPD y tengan razones fundadas para considerar que el mismo no se ajusta a la normativa sobre protección de datos personales, podría formularse la consulta a esta AEPD directamente por el propio responsable o encargado.

V

Para concluir, debe resolverse la consulta planteada respecto a la necesidad de si, para implantar un cambio de organización como el descrito en la consulta, resulta necesario que el DPD informe favorablemente dicho cambio organizativo.

Tal y como se ha visto, se trata de un cambio sobre la propia organización para el adecuado cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales en el ámbito de la entidad consultante, por lo que debe garantizarse la participación en la misma del DPD, debiendo solicitarse su informe. Pero dicho informe no es vinculante, por lo que el responsable o encargado puede apartarse del mismo, siempre que respete las obligaciones que le impone el RGPD respecto del nombramiento, posición y tareas del DPD, siendo conveniente que documente adecuadamente los motivos por los que se aparta del criterio del DPD en aquellos aspectos informados desfavorablemente por el mismo.