

IUSLabor 2/2017

LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL DEL "DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS"

Helena Monzón Pérez

Abogada

Abstract

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (el RGPD, en adelante), que entra en vigor el próximo 28 de mayo de 2018, establece entre otros aspectos, la figura del "Delegado de Protección de Datos" (el DPD, en adelante).

El presente trabajo trata de abordar brevemente los interrogantes que se plantean desde el punto de vista laboral en relación con el régimen legal de la figura del DPD. Para ello se abordarán, en primer lugar, las características del DPD; posteriormente se analizará el perfil del puesto de trabajo del DPD atendiendo a los estándares fijados por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, en adelante); y, finalmente, las características de la relación laboral de los DPD que sean contratados como empleados.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), which enters in force on 28 May 2018, regulates, among others, the position of "Data Protection Officer" (hereinafter "DPO").

This paper tries to address briefly the aspects of the legal regime of the DPO figure that arise from an employment perspective. Therefore, we will first address the characteristics of the DPD; then we will explain the functions of the DPO position according to the standards set by the Spanish Data Protection Agency; and, finally, the nature of the employment relationship of the DPO who are hired as employees.

Title: Employment Aspects of the Data Protection Officer Figure

Palabras clave: Protección de Datos Personales, Delegado de Protección de Datos Personales, Reglamento 2016/679

Key words: Personal Data Protection, Data Protection Officer, Regulation 2016/679

IUSLabor 2/2017, p. 1–21, ISSN 1699–2938

Sumario

1. La Figura del Delegado de Protección de Datos.
 - 1.1. Antecedentes.
 - 1.2. Normativa europea.
 - 1.3. Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos.
2. La Profesión de Delegado de Protección de Datos.
 - 2.1. Funciones del Delegado de Protección de Datos.
 - 2.2. Acceso a la profesión de Delegado de Protección de Datos y esquema de certificación.
 - 2.3. Códigos éticos.
3. Naturaleza de la Relación Laboral del Delegado de Protección de Datos.
 - 3.1. Régimen laboral.
 - 3.2. Garantía de autonomía.
 - 3.2. Garantía de indemnidad.
4. Bibliografía.

1. La Figura del Delegado de Protección de Datos

Cabe destacar, en primer lugar, que la figura del DPD no está prevista en la legislación española en la actualidad puesto que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal y a la libre circulación de estos datos (la Directiva 95/46/CE, en adelante), permitía a los Estados miembros de la Unión Europea (UE, en adelante) elegir entre legislar o no sobre el DPD.

Así, como consecuencia de la Directiva 95/46/CE los Estados miembros de la UE han legislado individualmente sobre la figura del DPD, dando lugar a un marco jurídico irregular con estados que han legislado sobre la figura y otros que han omitido cualquier mención al DPD en su normativa. Aspecto que pretende ser solventado con el nuevo RGPD.

Por tanto, en el presente apartado se analizarán de forma sucinta las previsiones normativas que introduce el RGPD sobre el DPD y las novedades que al respecto plantea el anteproyecto legislativo que pretende adaptar la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales española a la nueva normativa europea¹.

1.1. Antecedentes

El RGPD supone la sustitución absoluta del marco legislativo relativo al derecho a la protección de datos personales de las personas físicas en la UE. En este sentido, la norma resalta en sus considerandos el carácter fundamental del derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos y las garantías necesarias para su salvaguardia, por ello ha sido necesario adoptar medidas destinadas a fijar un marco jurídico más estable y uniforme para la UE.

Lo anterior se refleja, entre otros aspectos, en la actual configuración de la figura del DPD que a partir del año 2018 pasara a tener carácter obligatorio en un gran número de casos, de conformidad con las previsiones del RGPD. Ello supone una diferencia sustancial en relación con la Directiva 95/46/CE, que preveía la figura del DPD en su artículo 18.2 únicamente como una posible excepción a los deberes de notificación a la autoridad de control por parte de los encargados del tratamiento de datos personales.

¹ A fecha 24 de julio de 2017 el "Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal" no ha iniciado su tramitación parlamentaria. Una copia del mismo puede ser consultada a través de Internet: mjusticia.gob.es [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428451504>

La aplicación del artículo 18.2 de la Directiva 45/96/CE dio lugar a una regulación dispar en la materia, puesto que cada uno de los Estados miembros de la UE tenía la facultad de regular la figura del DPD en sus propios términos.

Como resultado de la experiencia en los países que si tenían DPD², desde el inicio del proyecto para la adopción del actual RGPD, la Confederación de Organizaciones Europeas de Protección de Datos (CEDPD, en adelante)³, en línea con la Comisión Europea⁴ y el Grupo de Trabajo del Artículo 29⁵, destacó la relevancia de la figura del DPD como elemento para garantizar el correcto asesoramiento de los encargados y responsables del tratamiento de datos personales, impulsando así la actual regulación de la figura⁶⁷.

1.2. Normativa europea.

El RGPD, que resulta de aplicación directa sin necesidad de transposición, contiene en su Sección 4 las previsiones relativas al DPD. Así, en los artículos 37 a 39 se establecen las funciones y características del DPD, mientras que en los artículos 40 y 41 se regulan las certificaciones y los códigos de conducta y, finalmente, en los artículos 42 y 43 se prevén los requisitos de las entidades de certificación para los DPD.

² Por ejemplo, Alemania, Holanda y Francia.

³ CEDPD *First position paper on the European Commission Proposal for a General Data Protection Regulation: 30.03.2012*". Puede ser consultado en su versión inglesa a través de internet en: [cedpd.eu](http://www.cedpd.eu) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://www.cedpd.eu/wp-content/uploads/2015/01/CEDPD-Position_Paper_GDPR_20120330.pdf

⁴ Informe "*First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)*", de 15 de mayo de 2005, COM (2003) 265 final, de la Comisión Europea. Puede ser consultado en su versión inglesa a través de internet en: [eur-lex.eu](http://eur-lex.europa.eu) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0265:FIN:EN:PDF>

⁵ Informe "*Article 29 Working Party report on the obligation to notify the national supervisory authorities, the best use of exceptions and simplification and the role of the data protection officers in the European Union*", 18 de enero de 2005, WP 106, del Grupo de Trabajo del Artículo 29. Puede ser consultado en su versión inglesa a través de internet en: ec.europa.eu [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp106_en.pdf

⁶ Troncoso Reigada, A., "Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales", *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n.º. 43, 2012, págs. 25-184

⁷ En concreto, CEDPD sentó las bases de defensa de la figura del DPD en el año 2012, a través de un dictamen relativo al nuevo reglamento en materia de protección de datos "*CEDPD First position paper on the European Commission Proposal for a General Data Protection Regulation: 30.03.2012*". Puede ser consultado en su versión inglesa a través de internet en: [ceDPD.eu](http://www.ceDPD.eu) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://www.ceDPD.eu/wp-content/uploads/2015/01/CEDPD-Position_Paper_GDPR_20120330.pdf

A la vista de lo anterior, una de las principales diferencias que introduce el Reglamento de Protección de Datos es el nivel de detalle con el que se regula la figura del DPD, aspecto que permitiría incorporar la figura del DPD en el ordenamiento jurídico español incluso en el supuesto de que no se dé un desarrollo normativo nacional.

El primer elemento que es necesario destacar es que, en principio el DPD no será obligatorio para todos los encargados y responsables del tratamiento de datos personales sino que, en virtud del artículo 37 del RGPD, únicamente será exigible cuando:

"(...) a) El tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial;

b) Las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala, o

c) Las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales con arreglo al artículo 9 y de datos relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10..."

Debido a que el objeto del presente trabajo es el análisis de la figura desde el punto de vista laboral, no precisaremos más las características empresariales que dan lugar a la obligación de contar con un DPD, al tratarse de una cuestión que continúa siendo objeto de controversia en este momento⁸.

Así, el foco del análisis propuesto es el régimen que el RGPD establece para la figura del DPD en el ámbito privado, en los casos en los que resulte obligatorio contar con un profesional de estas características. En este sentido, el RGPD señala que el DPD podrá tener una relación comercial o una relación laboral con el encargado o responsable del tratamiento de datos que le contrate para ejercer sus funciones.

Sin embargo, los profesionales de la privacidad han señalado que la posibilidad de contratar los servicios de DPD con un prestador de servicios externo dependerá de las

⁸ Recio Gayo, M. "Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad («accountability»)". Página Web Diario La Ley, Sección Legal Management, nº. 2, 2017: <http://diariolaley.laley.es> [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000240801/20170112/Directrices-del-GT29-sobre-el-delegado-de-proteccion-de-datos-figura-clave-para->

características de los datos y del tratamiento exigido en cada caso⁹, por lo que en la práctica dicha elección quedará limitada por las características propias de cada organización.

El RGDP establece en su artículo 38 los aspectos esenciales de la relación del DPD, comenzando con la imposición a los responsables y encargados del tratamiento de la obligación de garantizar al DPD su participación en todas las cuestiones que se refieran al ámbito de protección de datos. Así, la primera nota que distingue al DPD es la amplitud del ámbito de sus funciones.

En el mismo sentido, se exige a los responsables y encargados del tratamiento el deber de respaldar al DPD en todo momento durante el desempeño de sus funciones. Para ello el DPD debe contar con los recursos necesarios para el ejercicio de su cargo así como con las actualizaciones formativas que resulten oportunas en cada momento¹⁰.

Asimismo, el RGPD garantiza la independencia de los DPD de forma que los responsables y encargados del tratamiento no podrán dar instrucciones a los DPDs sobre el ejercicio de sus funciones. Estableciendo también una garantía de indemnidad para los DPD, consistente en la protección frente a despidos o sanciones como consecuencia del desempeño de sus funciones.

Como reflejo de dicha independencia el DPD responde únicamente frente "*(...) al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado...*" (artículo 38.3 del RGPD). La AEPD concreta este apartado señalando la necesidad que el DPD se relacione con el nivel superior de dirección que exista en la organización para la que preste servicios¹¹.

Como consecuencia de la responsabilidad ostentada, se exige al DPD que cumpla con la obligación de guardar secreto o confidencialidad en lo que respecta al ejercicio de sus

⁹ Informe "*CEDPD position on the DPD in the GDPR*", de 15 de febrero de 2017, publicado por CEDPD. Puede ser consultado en su versión castellana a través de internet en: [aepd.es](http://www.aepd.es) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://www.aepd.es/wp-content/uploads/2017/02/Posici%C3%B3n-de-CEDPD-sobre-el-DPD.pdf>

¹⁰ Recio Gayo, M. "Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad («accountability»)". *Página Web Diario La Ley, Sección Legal Management*, n.º. 2, 2017: <http://diariolaley.laley.es> [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000240801/20170112>

¹¹ Guía del Reglamento General de Protección de Datos Para Responsables de Tratamiento, Agencia Española de Protección de Datos, APDCAT, Agencia Vasca de Protección de Datos. Puede ser consultada en su versión castellana a través de internet en: [agpd.es](http://www.agpd.es) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0265:FIN:EN:PDF>

funciones. En relación con ello, si bien el DPD puede ejercer otros roles distintos en la organización además del propio cargo que ostenta, se exige al encargado o responsable del tratamiento velar por la ausencia de conflictos de interés.

Posteriormente, en los artículos 39 y 40 del RGPD se desarrollan las funciones del DPD, así como los códigos de conducta que resultarán de aplicación y los correspondientes certificados, cuyo análisis se realiza el apartado 2. siguiente.

1.3 *Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.*

El anteproyecto legislativo para sustituir la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD, en adelante) fue presentado por el Ministerio de Justicia a menos de un año de la plena eficacia del RGPD, y en la actualidad no ha iniciado aún su tramitación parlamentaria, por lo que se encuentra abierto a posibles modificaciones.

En el presente trabajo únicamente se apuntarán en líneas generales las novedades relevantes que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal plantea en relación con la figura del DPD (el Anteproyecto, en adelante) que no se encuentren previstas en el propio RGPD. Así, en primer lugar, el artículo 35 del Anteproyecto amplía respecto al RGPD el número de supuestos en los que es necesario contar con un DPD¹².

El Anteproyecto faculta a los responsables y encargados de protección de datos personales para adoptar voluntariamente la figura del DPD cuando por sus características no exista obligación para ello. En este sentido, a los DPD que sean apuntados voluntariamente les será de aplicación el mismo régimen que a los supuestos en los que el establecimiento del DPD es obligatorio.

¹² Los supuestos que exigen contar con el asesoramiento de un DPD serían: (i) los colegios profesionales y sus consejos generales, regulados por la Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre colegios profesionales; (ii) los centros docentes que ofrezcan enseñanzas reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y las Universidades públicas y privadas; (iii) las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas conforme a lo dispuesto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de telecomunicaciones; (iv) los prestadores de servicios de la sociedad de la información que recaben información de los usuarios de sus servicios, sea o no exigible el registro previo para la obtención de los mismos; (v) las entidades incluidas en el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; (vi) los establecimientos financieros de crédito regulados por Título II de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial; y (vii) las entidades aseguradoras y reaseguradoras sometidas a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Pese a que el Anteproyecto se ciñe en gran medida a la regulación prevista en el RGPD, limita la garantía de indemnidad frente a sanciones y despidos, señalando que, si bien existe una protección cuando las represalias empresariales se deben al ejercicio de las funciones de DPD, ésta no resulta de aplicación cuando el DPD "(...) *incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio...*" (artículo 37.2 del Anteproyecto).

En relación con los medios que el RGPD exige para los DPD, el Anteproyecto añade la obligación de que el responsable o encargado del tratamiento asignen medios materiales y personales al DPD, dotándole de personal subordinado cuando se estime necesario. También establece de forma expresa el deber de revelar al DPD todos los datos personales y tratamientos, sin que el responsable o encargado del tratamiento puedan oponerse alegando deberes de confidencialidad o secreto.

A continuación, en el apartado 2. siguiente, se expondrán las características de la profesión de DPD, mediante el análisis de las disposiciones relativas a sus funciones, y las responsabilidades de estos profesionales en los términos previstos por la normativa europea y por el actual Anteproyecto.

2. La Profesión de Delegado de Protección de Datos.

2.1. Funciones del Delegado de Protección de Datos.

Una vez definidas las garantías que protegen la prestación de servicios del DPD, el RGPD establece en su artículo 39 las funciones inherentes al cargo, asignándole las siguientes competencias:

- (a) Encargarse de informar y asesorar al responsable o encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento sobre el contenido del RGPD y de cualquier otra disposición en la materia;
- (b) Supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos, así como de las políticas de protección de datos que se establezcan en la respectiva organización;
- (c) Asignar responsabilidades en la materia, promover la concienciación y formación del personal cuya prestación de servicios conlleva el tratamiento de datos personales;

- (d) Ofrecer el asesoramiento que se le solicite en relación con la evaluación del impacto de la normativa de protección de datos, en relación con el artículo 35 del RGPD; y,
- (e) Actuar como punto de contacto de la autoridad de control, en España la AEPD, tanto para cuestiones relativas al tratamiento de datos como para las consultas que puedan suscitarse.

En el marco de sus funciones, el RGPD exige que el DPD actúe teniendo presentes los riesgos relativos a las operaciones de tratamiento, con especial consideración de su naturaleza, alcance, contexto y fines.

Por su parte el Anteproyecto completa las funciones del DPD en su artículo 37.5 señalado que éste debe comunicar inmediatamente a los órganos de administración y dirección del responsable o encargado del tratamiento cualquier vulneración relevante de la normativa de protección de datos, ello con independencia de las implicaciones que pueda suponer para el responsable o encargado del tratamiento. Asimismo, el artículo 38 del Anteproyecto regula las funciones del DPD en materia de reclamaciones de los interesados en el marco de procedimientos de la AEPD y en procedimientos previos al inicio de expedientes administrativos.

Asimismo, la AEPD que recientemente publicó el esquema de certificación de DPD¹³, señala que las funciones previstas en el artículo 39 del RGPD tienen un carácter mínimo, por lo que podrían verse ampliadas contractualmente. La AEPD también señala entre las funciones de asesoramiento del DPD, que este debe participar activamente en la aplicación del principio de protección de datos "*(...) por diseño y por defecto...*".

Con este aspecto se pretende destacar la participación del DPD en la planificación de las políticas de protección de datos, que deberán incluir auditorías, evaluaciones, metodologías y medidas para mitigar riesgos, centrandose los esfuerzos en evitar los riesgos más graves para la protección de datos personales.

Finalmente, CEDPD sugiere que además de las funciones descritas por el RGPD, los DPD elaboren un informe anual para la dirección del responsable o encargado del

¹³ Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos de la AEPD, "Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos de Certificación de Delegados de Protección de Datos (Esquema AEPD-DPD)". AEPD, Madrid, 10 de julio de 2017.

tratamiento, con el objetivo de incentivar la responsabilidad activa, "accountability", en materia de protección de datos¹⁴.

2.2. Acceso a la profesión de DPD y esquema de certificación.

Como se indicó anteriormente, el RGPD exige a quienes ejerzan la actividad de DPD un perfil técnico específico, que demuestre conocimientos jurídicos y experiencia en el sector. Por ello, la AEPD ha considerado necesario establecer un sistema de certificación de profesionales de protección de datos que permita evaluar a los candidatos, de forma que en este momento corresponde a la Entidad Nacional de Acreditación determinar cuáles serán las entidades certificadoras para los DPDs¹⁵.

En este sentido, los artículos 42 y 43 del RGPD regulan la obligación de los Estados miembros y las autoridades de control de crear mecanismos de certificación en materia de protección de datos, así como sellos y marcas que permitan acreditar el cumplimiento del RGPD¹⁶.

A la vista de lo anterior, la AEPD ha concretado los términos RGPD estableciendo un mecanismo de acreditación para los DPD, que si bien no será considerado un requisito obligatorio, permitirá emplear dicho certificado como un criterio objetivo para la selección de los profesionales.

El recientemente publicado "Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos de Certificación de Delegados de Protección de Datos (Esquema AEPD-DPD)", de 10 de julio de 2017 (el Esquema de Certificación, en adelante), señala los requisitos que serán exigibles a los profesionales que pretendan obtener la certificación de DPD. Entre ellos destaca la necesidad de acreditar una experiencia profesional de al menos cinco años en el ámbito de protección de datos, en funciones similares a las establecidas para los DPD.

¹⁴ Informe "CEDPD position on the DPD in the GDPR", de 15 de febrero de 2017, publicado por CEDPD. Puede ser consultado en su versión castellana a través de internet en: [aepd.es \[en línea\]](http://www.aepd.es/wp-content/uploads/2017/02/Posici%C3%B3n-de-CEDPD-sobre-el-DPD.pdf), [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://www.aepd.es/wp-content/uploads/2017/02/Posici%C3%B3n-de-CEDPD-sobre-el-DPD.pdf>

¹⁵ Guía del Reglamento General de Protección de Datos Para Responsables de Tratamiento, Agencia Española de Protección de Datos, APDCAT, Agencia Vasca de Protección de Datos. Puede ser consultada en su versión castellana a través de internet en: [agpd.es \[en línea\]](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0265:FIN:EN:PDF), [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0265:FIN:EN:PDF>

¹⁶ En el mismo sentido, artículo 40 del Anteproyecto.

Quienes no puedan demostrar el ejercicio de funciones similares a las DPD durante el periodo anteriormente señalado, podrán complementar su experiencia práctica mediante cursos de formación sobre protección de datos y seguridad impartidas por entidades reconocidas.

El proceso de evaluación de los candidatos a la obtención del certificado DPD exige la superación de un examen en el que se evaluarán aspectos teóricos y prácticos en materia de protección de datos. El resultado de la prueba supondrá la valoración como "apto" o "no apto" de los candidatos.

Asimismo, para la obtención de la certificación se exigirá a los candidatos a la acreditación de DPD la aceptación íntegra y expresa del Código Ético desarrollado por la AEPD, que se analiza en el apartado 2.3. siguiente, de las normas de uso de la marca del certificado y de la contratación de la cesión de su uso.

Una vez obtenido el certificado, se asignará un número identificativo individual a cada DPD acreditado, cada certificado tendrá una duración de tres años, por lo que deberá renovarse al finalizar el transcurso del plazo, siendo su falta de renovación una causa para su retirada definitiva. Sin perjuicio de ello, los DPD podrán suspender voluntariamente su certificado durante un tiempo no superior a doce meses, cuando así lo soliciten, declarando haber dejado de cumplir los requisitos previstos en el esquema de la AEPD.

El Esquema de Certificación indica en sus apartados 6.7.2 y 6.7.3 la posibilidad de que los DPDs pierdan la certificación por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el momento de su obtención. En relación con ello, llama la atención que la revocación de la certificación será temporal o definitiva en función de la gravedad de la conducta.

Entre las causas de revocación, temporal o definitiva, pueden distinguirse aquellas relativas al incumplimiento de las obligaciones formales que la certificación comporta (por ejemplo, falta de presentación de documentos, uso incorrecto de marcas de certificación, etc.) y aquellas cuestiones ligadas al incorrecto desempeño de las funciones como DPD, incumplimientos materiales.

En concreto, los incumplimientos materiales que podrían dar lugar a la suspensión o retirada permanente de la certificación serían: (a) la omisión de las funciones de DPD y la falta o ausencia de competencia para cualquier tarea derivada del Esquema de

Certificación; (b) el incumplimiento del Código Ético; y/o, (c) el incumplimiento de cualquier otra regla del Esquema de Certificación.

Las suspensiones temporales no voluntarias podrán tener una duración máxima de seis meses, el Esquema de Certificación además prevé reglas para los supuestos de acumulación de suspensiones. Cabe señalar que la reiteración de suspensiones puede dar lugar a la retirada definitiva de la certificación.

En cualquier caso, el Esquema de Certificación contiene una cláusula de cierre en la que se indica que la retirada temporal de la certificación del DPD será independiente de cualquier responsabilidad civil, penal o profesional en la que pueda incurrir la persona certificada. Pese a que dicha manifestación no se incluye en el apartado relativo a la retirada permanente de la certificación, entendemos que resultaría de aplicación también a dicho supuesto, si cabe, con mayor justificación.

2.3. *Códigos éticos.*

El RGPD establece en su artículo 40 que los Estados miembros, autoridades de control, el Comité y la Comisión promoverán la implementación de códigos de conducta. Asimismo, deriva en las asociaciones de profesionales de la privacidad la responsabilidad de crear códigos de conducta en los que se especifiquen los términos de aplicación del RGPD en diversas materias (por ejemplo, tratamiento leal de datos, ejercicio de derechos de los interesados, notificación de violaciones de seguridad, etc.).

Los proyectos de códigos de conducta elaborados por las asociaciones de profesionales de la privacidad deben ser presentados ante la autoridad de control, en el caso de España la AEPD para su autorización.

Por su parte, el Anteproyecto señala que los códigos de conducta a los que hace referencia el RGPD serán vinculantes para quienes se adhieran a éstos, una vez que cuenten con la autorización de la AEPD. Además, para la promoción de los códigos éticos se faculta tanto a las asociaciones de profesionales de la privacidad como a las empresas o grupos de empresa, y a otros tipos de responsables o encargados del tratamiento de datos previstos en el artículo 77 del propio Anteproyecto y a otros organismos públicos.

En la actualidad el único Código Ético que ha sido aprobado por la AEPD es el que resultará de aplicación a los DPDs que cuenten con la certificación analizada en el apartado 2.2 anterior. Dicho Código Ético ha sido publicado por la AEPD

recientemente¹⁷, resultando del todo sorprendente su brevedad, al tener tan sólo cinco páginas pese a la complejidad de la materia.

Así, en el preámbulo del Código Ético señala que su finalidad es establecer pautas generales de conducta que sirvan de forma orientativa. Para ello, el Código Ético regula en su primer apartado los principios que resultarán de aplicación a los sujetos que se encuentren en el ámbito subjetivo de aplicación, y que son los siguientes: (a) legalidad e integridad; (b) profesionalidad; (c) responsabilidad en el ejercicio de la actuación profesional; (d) imparcialidad; (e) transparencia; y (f) confidencialidad.

Posteriormente, el Código Ético regula las relaciones de los DPDs con terceros, en las que deberán comportarse de forma justa y respetuosa, asumiendo la responsabilidad por su actuación y la de sus colaboradores y vigilando el cumplimiento del código.

El Código Ético también señala los criterios que deben regir las relaciones de los DPDs con colaboradores y proveedores externos, que se quedarán sujetas a la confianza e imparcialidad. En lo que respecta a las relaciones de los DPDs con clientes, éstas deberán llevarse con profesionalidad y calidad, salvaguardando siempre la independencia entre las partes y evitando las situaciones de conflicto de interés.

Por último, el Código Ético establece los requisitos con los que se llevará a cabo la colaboración del DPD con las entidades de certificación, autoridades y administraciones públicas. Asimismo, el Código Ético integra una limitación a la competencia de los DPDs, prohibiéndoles expresamente realizar actuaciones competidoras con la AEPD o las entidades de certificación.

El incumplimiento del Código Ético puede conllevar la investigación de la actuación y la imposición de medidas disciplinarias, consistentes en la suspensión o revocación de la certificación.

3. Naturaleza de la Relación Laboral del Delegado de Protección de Datos.

3.1. Régimen laboral.

Pese a que el régimen jurídico del DPD que ha sido expuesto en los apartados previos, integra unos complejos deberes y garantías, el ordenamiento jurídico laboral no ha

¹⁷ Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos de la AEPD, "Anexo 4. Código Ético de las Personas Certificadas Como Delegados de Protección de Datos Conforme al Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos". AEPD, Madrid, 10 de julio de 2017.

incorporado ninguna disposición en la materia. Por tanto, en la actualidad la contratación laboral de DPDs se encontraría sujeta a las previsiones normativas establecidas en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el Estatuto de los Trabajadores, en adelante)¹⁸.

Al respecto cabe destacar, en primer lugar, que pese a las características del puesto de DPD reflejan un ámbito de autonomía en el ejercicio de sus funciones que resulta superior al de la mayor parte de los empleados con relación laboral ordinaria, en la actualidad no puede considerarse que se trate de una relación laboral especial. Por tanto, merece apuntar la posible conveniencia de un desarrollo normativo laboral que confiera a la relación laboral del DPD el carácter de "especial", integrando plenamente las previsiones del RGDPD¹⁹.

La existencia de una relación laboral ordinaria supondría la aplicación de las previsiones estatutarias y convencionales a la totalidad de sus condiciones laborales. En materia de contratación ello implicaría la práctica imposibilidad de suscribir contratos temporales con los DPDs, al menos en aquellos casos en los que la figura resulte obligatoria para el empleador en virtud de lo previsto en el artículo 37 del RGPD y en la normativa de desarrollo que resulte de aplicación.

Es necesario advertir que si bien los trabajadores que ostenten el cargo de DPD no tienen porque quedar circunscritos exclusivamente a la realización de las funciones del cargo, el empleador no podrá acordar con éstos la realización de tareas que supongan un conflicto de interés puesto que, aunque ello no tendría consecuencias laborales, supondría una transgresión del RGPD.

En cuanto a los deberes laborales de los DPDs en el ejercicio de sus funciones, la normativa laboral no contiene previsiones específicas que establezcan los derechos y

¹⁸ Entendemos que dadas las particulares funciones del DPD, plenamente ceñidas al cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos no podrá suponer la suscripción de contratos de trabajo de alta dirección sujetos al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, al no tratarse del ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad de la empresa ni están ligados a objetivos generales de la misma. El presente estudio se centrará exclusivamente en las disposiciones estatutarias que resultan de aplicación a los trabajadores ordinarios.

¹⁹ Adicionalmente sería deseable la adaptación de la normativa laboral para establecer un régimen laboral expreso con los derechos y obligaciones de protección de datos que resultan de aplicación. En este sentido pueden consultarse Folguera Baró, M.A. "Nuevas Tecnologías y Trabajo (ii): Perspectiva Constitucional". Trabajo y Derecho, nº21, 2016, págs. 34 a 51; y Monzón Pérez, H. "El <<Deber de Protección de Datos>> de los Trabajadores". Lex Nova, Revista de Información Laboral, nº 2, 2017, págs. 37 a 55.

deberes de los trabajadores en el ámbito de la protección de datos. Por tanto, el contenido de su régimen jurídico vendrá integrado por una parte, por las previsiones estatutarias y convencionales generales, y por otro lado, por la normativa de protección de datos personales, aplicándose directamente el RGPD y la legislación española que en su caso lo desarrolle.

Asimismo, resultarán de aplicación los códigos éticos para DPDs que sean promovidos en los próximos años, siempre que sean autorizados por la AEPD.

3.2 *Garantía de autonomía.*

Mientras que la mayor parte de las previsiones sobre el DPD establecidas en el RGPD y en el Anteproyecto pueden ser fácilmente integradas en el orden jurídico laboral, la garantía de autonomía en el ejercicio del cargo, prevista en el artículo 37 del RGPD plantea serios interrogantes desde el punto de vista laboral. Así, y como se expuso en el apartado 1.2 anterior, el RGPD sienta las bases para que los DPDs actúen con plena autonomía, únicamente limitada por su obligación de rendir cuentas al órgano de dirección de su empleador.

Como ejemplo de la relevancia de esta garantía de independencia en el ámbito laboral, basta indicar que la "autonomía" es uno de los criterios legales que sirven para distinguir al personal de alta dirección de los trabajadores ordinarios. Además, en el caso de los altos directivos, sus funciones únicamente están limitadas por los criterios e instrucciones que pueda emitir el órgano de dirección de su empleador, otra similitud que parece compartir el DPD como se ha observado anteriormente²⁰.

La aplicación de la garantía de autonomía de los DPDs en el marco de una relación laboral ordinaria permite anticipar una contradicción entre el artículo 5 c) del Estatuto de los Trabajadores, en el que se indica el deber de los trabajadores de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas, y el artículo 38.3 del RGDP en el que se introduce una garantía para que los DPDs actúen sin recibir instrucciones.

Entendemos que desde la perspectiva laboral ello implica la imposibilidad, por parte del empresario de dictar órdenes relativas las funciones del DPD y, por tanto de sancionar el incumplimiento de las mismas. Sin embargo, conviene resaltar que la autonomía a la que se refiere el RGDP tiene la finalidad de evitar injerencias en el ejercicio de las

²⁰ Artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

funciones del DPD, por lo que el ámbito sobre el que recaería esa imposibilidad de dictar órdenes empresariales se referiría únicamente a aquellas instrucciones que recaigan sobre las funciones que sean competencia de los DPDs en virtud de las previsiones normativas²¹.

A la vista de lo anterior, cabe interpretar que aquellas funciones del DPD que se encuentren desconectadas de las previstas normativamente para el cargo, se encontrarían plenamente sujetas al deber de cumplir órdenes empresariales previsto en el Estatuto de los Trabajadores, salvo que supongan un conflicto de interés para el DPD o se haya previsto algo distinto en el contrato de trabajo.

Ello supondría que la existencia de códigos éticos o políticas de empresa que impongan pautas de conducta de debida observancia y que no supongan instrucciones en materia de protección de datos, también serían de obligado cumplimiento para los DPDs.

Como consecuencia de la autonomía de los DPDs en el ejercicio de sus funciones se puede concluir que estos tendrán una relación laboral basada la confianza, debido a sus conocimientos y a sus responsabilidades, consistentes principalmente en supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos. Así, tal y como muestran los requisitos normativos para el cargo y el Esquema de Certificación, los DPDs deben ser contratados en función de su nivel técnico y práctico en materia de protección de datos, quedando sujetos a los códigos éticos que resulten de aplicación en cada caso.

Por tanto, mientras no se regule un régimen laboral especial para los DPDs, conviene considerar que ostentan, cuanto menos, un "cargo de confianza"²². Ello supondría que el deber de "buena fe" previsto en el artículo 5 a) del Estatuto de los Trabajadores, se encontraría sujeto a unos estándares más estrictos que los que resultan de aplicación al común de los trabajadores.

Así, el abuso de confianza en el ejercicio del cargo de DPD supondría una modalidad especial de violación del deber de buena fe cuando los DPDs cometan irregularidades prevaliéndose de su cargo. Al respecto debe tenerse en consideración que la clasificación de "cargo de confianza" no requiere que el sujeto activo de la infracción

²¹ Durante la tramitación del actual RGPD algunas voces han señalado la imposibilidad práctica de que la autonomía puede llegar a ejercerse de forma efectiva en el ámbito privado. Como ejemplo puede consultarse Troncoso Reigada, A. "Hacia un Nuevo Marco Jurídico Europeo de la Protección de Datos Personales". Revista Española de Derecho Europeo, nº 43, 2012, págs. 25 a 184.

²² García-Perrote Escartín, I. "Extinción del Contrato de Trabajo" en García-Perrote Escartín, I. "Manual de Derecho del Trabajo". 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015, págs. 629 a 839.

tenga una relación especial de alta dirección, puesto que lo relevante es el contenido de las funciones del puesto de trabajo y no la naturaleza de la relación²³.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que el deber buena fe y las posibles desviaciones del mismo deben analizarse atendiendo a las características del puesto de trabajo en cuestión. Especialmente teniendo en consideración que, tal y como se expuso en el apartado 2 anterior, los DPDs tienen un deber de cumplimiento de la normativa de protección de datos que puede encontrarse por encima de los intereses empresariales.

3.2. *Garantía de indemnidad.*

Como se ha expuesto en el apartado 1.2. del presente trabajo, el RGPD establece en su artículo 38.3 que el DPD no puede ser destituido ni sancionado por el ejercicio de sus funciones. Esta previsión supone la incorporación de una garantía no prevista en la normativa laboral que suscita distintas controversias.

En primer lugar, es necesario destacar que tanto el Grupo de Trabajo del Artículo 29 como CEDPD señalan que la protección frente al despido está prevista para evitar despidos destinados a impedir el ejercicio de las funciones del DPD o como represalia contra las decisiones u opiniones realizadas en cumplimiento del cargo. Desde un punto de vista laboral, esta garantía frente al despido sería una consecuencia lógica de la imposibilidad de dar instrucciones al DPD sobre el ejercicio de sus funciones, puesto que el empleador carecería de legitimación para exigir un comportamiento específico.

Por tanto, tal y como señala el Grupo de Trabajo del Artículo 29²⁴ esta protección frente al despido no resultaría de aplicación en todos los ámbitos de la relación laboral. Así, según este organismo, los DPDs deberían poder ser despedidos legítimamente cuando la causa de extinción de la relación laboral se deba a razones distintas a la realización de sus funciones, consideración que entendemos debe extenderse a los supuestos de despidos basados en las causas objetivas previstas en el artículo 52 del ET.

²³ Conde Martín, M.E., "La buena fe en el contrato de trabajo, un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo". La Ley, Madrid, 2007, p. 382.

²⁴ Informe "CEDPD position on the DPD in the GDPR", de 15 de febrero de 2017, publicado por CEDPD. Puede ser consultado en su versión castellana a través de internet en: [aep.es](http://www.aep.es) [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://www.aep.es/wp-content/uploads/2017/02/Posici%C3%B3n-de-CEDPD-sobre-el-DPD.pdf>; y, guía elaborada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 "Guidelines on Data Protection Officers (DPDs)", de 13 de diciembre de 2016 y revisadas el 5 de abril de 2017 (16/EN,WP243 rev.01).

A la vista de lo anterior, los profesionales de la privacidad estarían solicitando, en materia disciplinaria, la aplicación de una garantía de indemnidad comparable con la prevista en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores para los representantes legales de los trabajadores. Ello comportaría que, igual que en el caso de los representantes, dicha garantía tendría un carácter relativo, puesto que no protegería a los DPDs de las medidas disciplinarias basadas en incumplimientos contractuales graves y culpables²⁵.

En consecuencia, el ejercicio correcto de las funciones del DPD no puede comportar una reacción disciplinaria por parte de su empleador, incluso en los supuestos en los que las funciones del DPD puedan comportar un riesgo para los intereses empresariales, como puede ocurrir en la comunicación de incidencias en materia de protección de datos a la AEPD.

Sin embargo, las actuaciones irregulares dentro o fuera de las funciones del DPD podrían suponer medidas disciplinarias. En este sentido, al darse las condiciones apropiadas para considerar al DPD como "cargo de confianza" los criterios sancionadores deberían ser los que resultan de aplicación a esta circunstancia.

Así, conviene destacar que la valoración de la procedencia de las medidas disciplinarias impuestas a cargos de confianza en supuestos de abuso de confianza supone una restricción en la aplicación de la teoría gradualista de las sanciones que resulta de aplicación con carácter general a los incumplimientos del deber de buena fe²⁶. Por tanto, en los supuestos en los que quien realiza una conducta abusiva es un empleado que desempeña funciones de especial confianza, como es el DPD, no resultan de aplicación los criterios de graduación con los que se analizan otros incumplimientos, puesto que la confianza no admite grados²⁷.

²⁵ Mercader Ugina, R. "Libertad sindical, representación en la empresa y conflictos colectivos." Revista de Justicia Laboral, núm. 5, año 2013, págs. 171 a 185; y, Mendoza Navas, N, "Sanción a representante de los trabajadores por la comisión de falta laboral muy grave". Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 10, año 2010, págs. 41 a 55.

²⁶ En virtud de la teoría de la graduación, en los casos de incumplimiento del deber de buena fe se toma en consideración la gravedad de la conducta y la voluntariedad del sujeto infractor para determinar la validez de la medida impuesta.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2010 "(...) E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas..."

Por otra parte, es necesario señalar que el Anteproyecto establece en su artículo 37.2 que los DPDs podrán ser despedidos en el ejercicio de sus funciones, cuando incurran en "*dolo o negligencia grave*". De mantenerse este matiz nos encontraríamos con una severa limitación al poder disciplinario del empresario puesto que en los supuestos de pérdida de confianza como consecuencia del ejercicio irregular del cargo, tendría que demostrarse tanto el dolo o la negligencia del DPD como la gravedad de la conducta para imponer una medida disciplinaria procedente.

Así, una interpretación estricta de la previsión del Anteproyecto podría conllevar supuestos en los que el DPD haya perdido temporal o definitivamente la certificación obtenida para el ejercicio del cargo, y sin embargo no pueda ser despedido de forma procedente al no quedar acreditado el dolo o negligencia o la gravedad de la conducta, puesto que, como se observó en el apartado 2.3. el régimen disciplinario de las entidades certificadoras no exige dicha prueba.

A pesar del esfuerzo que se observa en la normativa de protección de datos para garantizar la independencia del DPD, dicho régimen necesita ser completado desde el ámbito laboral para ser verdaderamente eficaz. En este sentido, pese a su función garantista, el régimen actual no concreta, entre otros aspectos, si existe una obligación de llevar a cabo expedientes contradictorios previos a la adopción de medidas disciplinarias.

Otro vacío normativo relevante desde el punto de vista laboral es la ausencia de previsiones que regulen las consecuencias de la vulneración de la garantía de indemnidad de los DPD. Esto es, en el ordenamiento jurídico laboral no existe previsión alguna que determine si una medida disciplinaria en estas circunstancias debe ser declarado nula o improcedente, y en tal caso, las consecuencias.

Partiendo de la consideración de que la garantía de indemnidad prevista en el RGPD no tiene el carácter de derecho fundamental, ni protege el ejercicio de ningún otro derecho fundamental, como podría ocurrir en los supuestos en los que la medida disciplinaria tiene la intención de entorpecer el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución Española, parece difícil afirmar que su contravención pueda comportar la nulidad de la medida disciplinaria.

Por ello, la vulneración de la garantía de indemnidad comportaría la declaración de improcedencia del despido o de la revocación de la sanción. Al respecto cabe plantearse si en el supuesto de despido disciplinario sería posible la aplicación de un régimen similar al que resulta de aplicación a los representantes legales de los trabajadores y

considerar, en los términos del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, que los DPDs tendrían derecho a optar entre su readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir o una indemnización por despido.

Sin embargo, en la actualidad, sin previsión legislativa alguna que así lo establezca, la improcedencia del despido conllevaría que la opción entre readmisión o indemnización corresponda al empleador en los términos fijados por los artículos 53 y 55 del Estatuto de los Trabajadores y por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Atendiendo a las circunstancias expuestas a lo largo del presente apartado 3, resulta más que justificado el desarrollo legislativo de la figura del DPD desde el punto de vista laboral. Desafortunadamente, mientras continúe el vacío normativo, los aspectos comentados en el presente trabajo serán sólo algunas de las cuestiones que se plantearan durante la vigencia de las relaciones laborales de los DPDs.

4. Bibliografía

CONDE MARTÍN, M.E., "La buena fe en el contrato de trabajo, un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo". La Ley, Madrid, 2007, p. 382.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. "Extinción del Contrato de Trabajo" en García-Perrote Escartín, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015, págs. 629 a 839.

MENDOZA NAVAS, N, "Sanción a representante de los trabajadores por la comisión de falta laboral muy grave". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, año 2010, págs. 41 a 55.

MERCADER UGINA, R. "Libertad sindical, representación en la empresa y conflictos colectivos." *Revista de Justicia Laboral*, núm. 5, año 2013, págs. 171 a 185.

RECIO GAYO, M. "Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad («accountability»)". *La Ley*, Sección Legal Management, nº. 2, 2017: <http://diariolaley.laley.es> [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000240801/20170112/Directrices-del-GT29-sobre-el-delegado-de-proteccion-de-datos-figura-clave-para->

TRONCOSO REIGADA, A., "Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales", *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº. 43, 2012, págs. 25-184

"*Article 29 Working Party report on the obligation to notify the national supervisory authorities, the best use of exceptions and simplification and the role of the data protection officers in the European Union*", 18 de enero de 2005, WP 106. ec.europa.eu [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp106_en.pdf

"*CEDPD First position paper on the European Commission Proposal for a General Data Protection Regulation: 30.03.2012*". cedpd.eu [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://www.cedpd.eu/wp-content/uploads/2015/01/CEDPD-Position_Paper_GDPR_20120330.pdf

"*CEDPD position on the DPD in the GDPR*", de 15 de febrero de 2017, publicado por CEDPD. asep.es [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: <http://www.asep.es/wp-content/uploads/2017/02/Posici%C3%B3n-de-CEDPD-sobre-el-DPD.pdf>

"*CEDPD First position paper on the European Commission Proposal for a General Data Protection Regulation: 30.03.2012*". cedpd.eu [en línea], [Fecha de consulta: 24/07/2017], Disponible en: http://www.cedpd.eu/wp-content/uploads/2015/01/CEDPD-Position_Paper_GDPR_20120330.pdf