



Cuadernos DivalData

Cuadernos dirigidos a delegados,
responsables y especialistas en protección de
datos personales

Cuaderno N.º 37 | Julio 2023

POSICIÓN JURÍDICA DEL RESPONSABLE Y FUNCIONES DEL DPD



ÍNDICE



POSICIÓN JURÍDICA DEL RESPONSABLE Y FUNCIONES DEL DPD

Introducción	2
Condición de responsable del tratamiento de los datos de carácter personal	3
Funciones del DPD	5
Obligación del DPD de informar al responsable o encargado de las actuaciones realizadas en el ejercicio sus funciones.....	10
Obligación del DPD de elevar una consulta a la aepd a requerimiento del responsable o encargado	12
Necesidad de que el DPD informe favorablemente para implantar un cambio de organización relacionado con sus funciones.....	13
Noticias	14



Os invitamos a trasladarnos aquellas temáticas que resulten de vuestro interés para los próximos cuadernos. Estas peticiones deberán dirigirse a:

Diputación de Valencia
Dpto. de Protección de Datos y Seguridad de la Información
Pl. de Manises, 4 46003 Valencia
email: dpdsi@dival.es

SUSCRIPCIONES

Si deseas suscribirte a nuestro Cuaderno accede al siguiente [enlace](#).



INTRODUCCIÓN

El Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) emitió a finales del pasado mes de mayo el Informe 0038/2023 que da respuesta a diversas cuestiones suscitadas en relación con la posición jurídica y funciones del Delegado de Protección de Datos (en adelante, DPD).

Pese a lo que pudiera parecer a primera vista, las cuestiones sobre las que se pronuncia el Gabinete Jurídico de la AEPD son muy relevantes para el estatuto jurídico del DPD.

Este Informe pretende discernir la posición jurídica del responsable del tratamiento, el encargado y el DPD aclarando en qué consiste cada figura. En concreto, a lo largo del presente Boletín se hace hincapié en dos cuestiones principales: en la condición de responsable del tratamiento de los datos de carácter personal; así como en la independencia del DPD en el seno de la organización del responsable del tratamiento.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto que el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva y de las obligaciones que derivan del mismo requiere la existencia de una posición dentro de las empresas que asuma la carga del mantenimiento de políticas, registros y evidencias que acreditan cumplimiento. El informe jurídico ahora publicado confirma la importante del DPD en este sentido, cuando indica que quien ocupa tal cargo *“está llamado a desempeñar un papel fundamental dentro del nuevo modelo de responsabilidad proactiva”*.

La lectura del informe del Gabinete Jurídico de la AEPD permite identificar, entre otras, las siguientes cuestiones relevantes: 1) la posición del DPD en relación con el tratamiento de datos personales; 2) la prohibición de asignar responsabilidades al DPD que impliquen un conflicto de interés; y 3) el encuadramiento del DPD dentro de la organización del responsable.

“Este Informe pretende discernir la posición jurídica del responsable del tratamiento, el encargado y el DPD aclarando en qué consiste cada figura.”

“En concreto, a lo largo del presente Boletín se hace hincapié en dos cuestiones principales: en la condición de responsable del tratamiento de los datos de carácter personal; así como en la independencia del DPD en el seno de la organización del responsable del tratamiento.”



CONDICIÓN DE RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

De acuerdo con en el artículo 5.1 de la Ley 2/2023:

“El órgano de administración u órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado por esta ley será el responsable de la implantación del Sistema interno de información, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras, y tendrá la condición de responsable del tratamiento de los datos personales de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales”.

“La correcta interpretación del artículo 5 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, desde la perspectiva de la protección de datos personales, requiere identificar como responsable del tratamiento a la entidad u organismo obligado por la ley a disponer de un Sistema interno de información, sin perjuicio de que las decisiones necesarias para su correcta implantación deban adoptarse por el correspondiente órgano de administración u órgano de gobierno”.

En una primera interpretación literal de la disposición, esto supondría atribuir la condición de responsable del tratamiento, por ejemplo, a nivel de la Diputación o Ayuntamiento, a la Junta de Gobierno o, en su caso, al Pleno.

Sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), a través del Informe Jurídico N/REF: 0054/2023, ha aclarado que *“la condición de responsable del tratamiento corresponderá a la entidad u organismo obligado por la ley y no a su órgano de gobierno, sin perjuicio de que en este ámbito sea una práctica frecuente en la elaboración de los registros de las actividades de tratamiento, la de identificar como responsable del tratamiento al órgano superior o directivo que ostenta las correspondientes competencias, contribuyendo, de este modo, a facilitar la identificación del órgano administrativo que adopta las correspondientes decisiones sobre el tratamiento de los datos personales y el ejercicio de los derechos de los afectados, práctica admitida y seguida por esta Agencia, pero sin que excluya la condición de responsable del tratamiento de la entidad u organismo correspondiente”*.



“Por tanto, la condición de responsable de tratamiento se atribuye a la persona jurídico-pública, Diputación o Ayuntamiento”.

Así, la AEPD concluye que *“La correcta interpretación del artículo 5 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, desde la perspectiva de la protección de datos personales, requiere identificar como responsable del tratamiento a la entidad u organismo obligado por la ley a disponer de un Sistema interno de información, sin perjuicio de que las decisiones necesarias para su correcta implantación deban adoptarse por el correspondiente órgano de administración u órgano de gobierno”*.

Por tanto, la condición de responsable de tratamiento se atribuye a la persona jurídico-pública; en nuestro ejemplo, la Diputación o Ayuntamiento. Ante esta autoridad de control, Agencia Española de Protección de Datos, la Diputación o el Ayuntamiento es el sujeto de obligaciones y responsabilidades en protección de datos de carácter personal. En caso hipotético de apertura de procedimiento sancionador, por infracción relativa al tratamiento de datos personales del sistema interno de información, se efectuará contra la persona jurídico-pública, la Diputación o el Ayuntamiento.



“Reforzar los recursos dedicados a asegurar el cumplimiento de la normativa en materia de privacidad y protección de datos mediante un cambio de organización basado en (i) 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 en (ii) 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”.

FUNCIONES DEL DPD

Partiendo de la diferenciación entre las funciones decisorias, que corresponde al responsable o encargado, y las asesoras y supervisoras del DPD, la AEPD ha definido, sobre todo, las de este último, ante la consulta hecha por una entidad.

La AEPD manifiesta que 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 base a ello, la AEPD considera que es conforme a legislación en materia de protección de datos y privacidad el cambio de organización propuesto por la entidad consultante, 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.

Igualmente, la AEPD considera conforme 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.

En concreto, el modelo visto bueno por la AEPD y llevado a cabo por la Dirección de la entidad consultante supone la necesidad de reforzar los recursos dedicados a asegurar el cumplimiento de la normativa en materia de privacidad y protección de datos mediante un cambio de organización basado en (i) 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



“Se propone 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”.

supervisión encomendada al DPD, y en (ii) 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.

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. En este sentido, 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 EIPD.
- Asesorar sobre las actividades de formación internas qué actividades de formación internas proporcionar al personal o a los directivos encargados de las actividades de protección de datos.
- Asesoramiento y seguimiento incidentes privacidad.
- 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 auditoria de protección de datos interna o externa.



“La AEPD considera conforme con la 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”.

- Colaborar, con voz, pero sin voto, en las reuniones de Comités, Comisiones, Grupos de Trabajo internas y/o externas.

Las funciones atribuidas al Responsable de privacidad y protección de datos son las siguientes:

- 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 EIPD.
- Preparación y seguimiento de la formación y concienciación en materia de privacidad.
- Gestión y seguimiento incidentes de privacidad.
- 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 decida poner en marcha.



“La AEPD señala que 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”.

POSICIÓN E INDEPENDENCIA DEL DPD

Siguiendo la línea de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 22 de junio de 2022, asunto C-534/20, Caso Leistritz AG contra LH y en la Sentencia de 9 de febrero de 2023, asunto C-453/21 Caso X-FAB Dresden GmbH & Co. KG contra FC, la AEPD sostiene que la cuestión del encuadramiento del DPD dentro de la estructura del responsable es igualmente 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 DPD 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.

Tal como indican 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 también 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 AEPD señala que 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, la AEPD 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.



“La AEPD apunta que 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, no pudiendo recibir ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones”.

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.

Sin perjuicio de lo anterior, la AEPD apunta que 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.

Por ello, el empresario conserva los poderes que le otorga la normativa laboral para el adecuado cumplimiento y control del contrato de trabajo, que sólo 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.



“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”.

OBLIGACIÓN DEL DPD DE INFORMAR AL RESPONSABLE O ENCARGADO DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN EL EJERCICIO SUS FUNCIONES

Se consulta ante la AEPD si el DPD viene obligado a informar al responsable o encargado sobre actuaciones realizadas en el ámbito de sus funciones, como las siguientes:

- 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.

En respuesta a esta consulta, la AEPD señala que 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 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, teniendo en cuenta 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”.

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.

En consecuencia, 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, teniendo en cuenta 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.



OBLIGACIÓN DEL DPD DE ELEVAR UNA CONSULTA A LA AEPD A REQUERIMIENTO DEL RESPONSABLE O ENCARGADO

Se consulta también ante la AEPD si el DPD está obligado a elevar una consulta a la AEPD cuando así lo requieran el responsable o el encargado o si, por el contrario, cuenta con autonomía para decidir no elevarla 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.

“Si bien el responsable o encargado no puede instruir al DPD sobre la necesidad de consultar a la autoridad de control, y se contempla como regla general que las consultas se formalicen por el DPD, como excepción ante determinadas situaciones se considera que podría formularse la consulta a esta AEPD directamente por el propio responsable o encargado.”

En respuesta a esta consulta, el Gabinete Jurídico de la AEPD considera que, 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, 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.



NECESIDAD DE QUE EL DPD INFORME FAVORABLEMENTE PARA IMPLANTAR UN CAMBIO DE ORGANIZACIÓN RELACIONADO CON SUS FUNCIONES

“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”.

En relación con esta cuestión, la AEPD considera que 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.



MATERIAL COMPLEMENTARIO

- Informe 0038/2023 del Gabinete jurídico de la AEPD en relación con la posición jurídica y funciones del DPD en [este enlace](#).
- Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción en [este enlace](#).
- Informe Jurídico N/REF: 0054/2023 de la AEPD en [este enlace](#).
- Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD) del Grupo de Trabajo del art. 29 en [este enlace](#).

NOTICIAS

Las autoridades en protección de datos publican varias noticias de interés:

1. **La AEPD lanza una nueva versión de Gestiona para ayudar a gestionar tratamientos y realizar análisis de riesgos y evaluaciones de impacto**
 - Supone una profunda transformación de la herramienta original, permitiendo gestionar el Registro de Actividades de Tratamiento de una entidad con hasta 500 tratamientos, también de distintas entidades.
 - Además, incluye funciones para identificar los factores de riesgo para los derechos y libertades de las personas cuyos datos se tratan, añadiendo para cada riesgo específico sugerencias sobre las medidas que podrían gestionarlo.
 - Almacena y trata localmente la información de la entidad y permite generar informes de gestión.

Consulta la publicación en [este enlace](#).

2. **La APDCAT abre expediente informativo por el ciberataque al Hospital Clínico y sus entidades vinculadas.**

La directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT), Meritxell Borràs, ha informado en el Parlament de que la Autoridad ha abierto expediente informativo por el ciberataque que conllevó la filtración de miles de datos de personas usuarias del servicio de salud. En este sentido, Borràs ha asegurado que la APDCAT trabaja en determinar si estas entidades tenían previamente implementadas las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo que conllevaba este tratamiento de datos, teniendo en cuenta su volumen y categoría, dado que se incluyen datos especialmente sensibles y protegidos por la norma.

Consulta la publicación en [este enlace](#).