

The logo for JAUSAS, featuring the word "JAUSAS" in a white, serif, all-caps font centered within a dark blue square.

JAUSAS

La integración del DPO en la empresa. Aspectos clave para su contratación

Helena Monzón. Abogada Dpto. Laboral en JAUSAS

Carlos García. Abogado Dpto. TMT en JAUSAS

Contexto normativo actual

Directiva
95/46/CE

LOPD

Ley Orgánica 15/1999, de 13
de diciembre, de Protección de
Datos de Carácter Personal

Reglamento
LOPD

Real Decreto 1720/2007, de
21 de diciembre, de desarrollo
de la LOPD

RGPD: nuevo marco normativo

| El nuevo marco normativo que nos encontraremos, será el siguiente:

- **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: Reglamento general de protección de datos o **RGPD**.
- **Proyecto** Ley Orgánica de Protección de Datos, modificación de la LOPD actual para adaptarla al RGPD.
- **WP29**: Directrices WP243 respecto al DPO.

La figura del DPO

| **Situación bajo la Directiva 95/46/CE**

- No exigía a ninguna organización el nombramiento de un DPO.
- El papel del Responsable de Seguridad bajo el RD 1720/2007.
- El WP29 venía defendiendo el papel del DPO como piedra angular de la rendición de cuentas, a fin de facilitar un mayor cumplimiento normativo.

| **Situación bajo el nuevo RGPD. Arts. 37 a 39**

- Participante clave en el nuevo sistema de gestión de los datos.
- El DPO, ya sea obligatorio o voluntario, se designa para todas las operaciones de tratamiento llevadas a cabo en la organización.
- Tanto para Responsable como para Encargado.

¿Cuándo es obligatoria su designación?

Tres escenarios:

1. Cuando el tratamiento lo lleve a cabo una **autoridad u organismo público**.
Excepción: tribunales actuando en el ejercicio de su función judicial.
2. Cuando las actividades **principales** consistan en tratamientos que requieren una **observación habitual y sistemática** de interesados a **gran escala**.
3. Cuando las actividades **principales** consistan en tratamientos a **gran escala** de categorías **especiales** de datos personales o de datos relativos a **condenas e infracciones penales**.

Conceptos clave: “Actividades principales”

| Considerando 97 RGPD.

- Se refiere a las actividades primarias y no auxiliares.
- Operaciones clave necesarias para lograr los objetivos de la organización.
- Parte indisociable de la actividad.

| Ejemplos. Hospitales, empresa seguridad privada, redes sociales.

Conceptos clave: “A gran escala”

| Considerando 91 RGPD da algunas pistas, respecto a las EIPD. Pero RGPD no lo define.

| WP29 recomienda atender al:

- **Número de interesados afectados**, en cifra absoluta o relativa –proporción-.
- **Volumen** de datos o **variedad** de elementos de datos.
- **Duración o permanencia** de la actividad de tratamiento.
- **Alcance geográfico** de la actividad.

| Ejemplos: Hospital; geolocalización clientes cadena comida; aseguradoras; motores de búsqueda, etc.

| Casos de “un solo profesional”. Abogado, médico.

Conceptos clave: “Observación habitual y sistemática”

- | Considerando 24 RGPD: incluye toda forma de seguimiento y creación de perfiles en Internet, para adoptar decisiones sobre un sujeto o analizar sus preferencias, comportamientos, etc.

- | WP29 interpreta “**habitual**” como:
 - Continuado o a intervalos concretos.
 - Recurrente o repetido en momentos prefijados.
 - Que tiene lugar de manera constante o periódica.

- | WP29 interpreta “**sistemático**” como:
 - Que se produce de acuerdo con un sistema.
 - Preestablecido, organizado o metódico.
 - Que tiene lugar como parte de un plan general de recogida de datos.
 - Se ejecuta como parte de una estrategia.

- | Ejemplos. Telecomunicaciones, mercadotecnia, elaborar perfiles de riesgo insolvencia, programas fidelidad, Internet of Things, etc.

Proyecto LOPD: Designación obligatoria

- | El artículo 34 del Proyecto de LOPD indica que, en todo caso, deberán designar DPO, **entre otros** (hasta 15 casos):
- | Colegios profesionales; Universidades y centros docentes; aseguradoras; centros sanitarios con historias clínicas; empresas de seguridad privada; operadores de juego online; entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas según LGT, cuando traten **habitual y sistemáticamente** datos personales a **gran escala**.
- | Entidades que desarrollen actividades de publicidad y prospección comercial, cuando se basen en las **preferencias** de los afectados o elaboren **perfiles** de los mismos.
- | Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información cuando elaboren a **gran escala** **perfiles** de los usuarios del servicio.
- | Empresas que emitan **informes comerciales** de personas físicas.

Las funciones del DPO

- | Supervisión de la observancia del RGPD. Art. 39.1b). Garante.
- | Recabar información acerca de las actividades de tratamiento.
- | Informar, asesorar y emitir recomendaciones al responsable o encargado, y a sus empleados. Comunicaciones al consejo de administración.
- | Asesoramiento con cada EIPD. ¿Debe realizarse? Metodología. Supervisión de la implantación. Guías internas de evaluación.
- | Cooperación con la autoridad de control (AC) y actuación como punto de contacto.
 - Facilitar documentación e información a la AC.
 - Recabar la opinión y asesoramiento de la AC.

Las funciones del DPO

- | Análisis de riesgos. Naturaleza, alcance, contexto y fines del tratamiento. Enfoque selectivo. Identificación de bases jurídicas de tratamiento. Cumplimiento principios. Políticas de protección de datos.
- | Elaboración de inventarios y mantenimiento de registros de operaciones de tratamiento.
- | Respuesta ante reclamaciones de afectados.
- | Formación a empleados.
- | Ejemplos. Cambios sistemas, CRM, implantación nueva APP, etc.

Cuestiones prácticas

| La necesaria independencia del DPO. Conflicto de interés. DPO no puede determinar fines tratamiento (Baviera. Director Sistemas).

| Designación y comunicación de datos a la autoridad de control.

| ¿Responsabilidad personal del DPO? Negligencia grave, dolo. Perspectiva laboral.

| Sanciones económicas. Aspectos reputacionales.

| El DPO a nivel de Grupo. ¿Cómo hacerlo operativo? “Accesibilidad” desde cada establecimiento. Medios, acceso a información.

| Contratación DPO con despacho externo. Figuras híbridas. Estatuto del DPO.

Cuestiones prácticas

- | Esquema de certificación. Acreditación por ENAC. Designación provisional durante 1 año para emitir certificados de DPO.
- | Certificación válida para 3 años. Renovación.
<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/temas/certificacion/index-ides-idphp.php>

Normativa Contratación

| **Laboral:**

La contratación laboral de DPO se realizará al amparo del Estatuto de los Trabajadores.

| **Mercantil:**

La contratación se encontrará sujeta al Código Civil y al Código de Comercio .

Obligaciones Contratante

- | Obligación de **garantizar la participación del DPO.**
- | Deber de **respaldar al DPO** en todo momento.
- | Obligación de proporcionar **recursos necesarios** y actualizaciones formativas.
- | Obligación de asignar **medios materiales y personales** al DPO.
- | **Deber de revelar al DPO** todos los datos personales y tratamientos.

Obligaciones DPO

- | Integración de **cultura de protección de datos personales** en la Empresa.
- | Las funciones del DPO pueden ampliarse contractualmente.
- | Deber de participar activamente en la aplicación del **principio de protección de datos "(...) por diseño y por defecto..."**.
- | Obligación de guardar **secreto o confidencialidad**.
- | Velar por la **ausencia de conflictos de interés**.

Particularidades DPO

| Prerrogativas:

(i) **Independencia:**

Se traduce en la práctica como la falta de sujeción a instrucciones directas sobre forma o fondo respecto al ejercicio de las funciones de su cargo.

(ii) **Indemnidad frente a represalias:**

El ejercicio correcto de las funciones no puede dar lugar a sanciones, incluso si compromete intereses económicos de la Empresa.

Limites a Prerrogativas

Independencia:

El DPO responde frente "(...) al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado..." (artículo 38.3 del RGPD).

Indemnidad:

No resulta de aplicación cuando el DPO "(...) incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio..." (artículo 36.2 del Proyecto). Ni cuando se trate de sanción por el ejercicio de funciones distintas a las de DPO.

Ámbito Laboral

- | **Relación laboral ordinaria.** Estatuto de los Trabajadores, Convenios Colectivos y Políticas de Empresa.
- | **Tipo de contrato:**
 - (i) Indefinido.
 - (ii) Apoyo a los emprendedores.
- | **Cargo de especial confianza.**
- | **Periodo de prueba.**

| Cláusulas relevantes:

- (i) **Órgano al que reporta** y posición en el organigrama. Estableciendo carácter de “cargo de confianza”.
- (ii) **Sujeción a RGPD y LOPD**, así como al Código Ético que corresponda.
- (iii) Deber de **cumplimiento de políticas de empresa**, especialmente informáticas.
- (iv) Consecuencias de la **pérdida de Certificación**.

| **Prerrogativa de independencia:**

- (i) Imposibilidad, por parte del empresario de dictar órdenes relativas las funciones del DPO.
- (ii) **Supervisión limitada** en lo que respecta al ejercicio de funciones de DPO.
- (iii) Deber de cumplir instrucciones del empresario en todo lo que no sea función de DPO.

| Prerrogativa de indemnidad:

- (i) **“Cargo de confianza”**.
- (ii) **“Dolo o negligencia grave”**. Severa limitación al poder disciplinario.
- (iii) Vulneración de la garantía de indemnidad: declaración de improcedencia del despido o de la revocación de la sanción.
Salvo previsión distinta en el contrato.

Contrato de Prestación de Servicios

- | **Declaraciones de las partes.**
- | **Independencia de las partes.**
- | Detallar servicios, sin perjuicio de independencia del DPO.
- | Entrega de informes de cumplimiento “accountability”.

Contrato de Prestación de Servicios

- | **Cláusulas de indemnidad.**
- | **Cláusulas de finalización de contrato** en caso de sanción o incumplimiento legal.
- | **Preavisos** en caso de finalización de contrato.
- | ¿Cuáles son las consecuencias de la vulneración de prerrogativas de independencia e indemnidad?

Helena Monzón. Abogada
Dpto. Laboral en JAUSAS

hmonzon@jausaslegal.com

Carlos García. Abogado Dpto.
TMT en JAUSAS

cgarciaberned@jausaslegal.com
