

La compatibilidad o incompatibilidad simultánea de quien ejerza las funciones como delegado de protección de datos y presidente del comité de empresa

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2023 (asunto C-453/21)**

Arturo Montesdeoca Suárez

Personal investigador en formación.

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 9 de febrero de 2023 (asunto C-453/21) ha dado respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Alemania-Sala Laboral sobre la interpretación del estatuto del delegado de protección de datos. En concreto, respecto al artículo 38.3 (protección frente al despido) y 38.6 (conflicto de interés con otras funciones o cometidos) del Reglamento europeo de protección de datos 2016/679.

Palabras clave: protección de datos; delegado de protección de datos; designación; independencia; confidencialidad; incompatibilidad; protección frente al despido.

Recibido: 15-02-2023 / Aceptado: 19-05-2023 / Publicado (en avance *online*): 24-05-2023

Cómo citar: Montesdeoca Suárez, A. (2023). La compatibilidad o incompatibilidad simultánea de quien ejerza las funciones como delegado de protección de datos y presidente del comité de empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2023 (asunto C-453/21). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 475. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18633>

The simultaneous compatibility or incompatibility of the person who performs the functions of data protection officer and president of the works council

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of February 9, 2023 (case C-453/21)

Arturo Montesdeoca Suárez

Personal investigador en formación.

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

arturo.montesdeoca@ulpgc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1519-4923>

Abstract

The Court of Justice of the European Union in its judgment of February 9, 2023 (case C-453/21) has responded to the request for a preliminary ruling made by the Supreme Court of Germany-Labor Chamber on the interpretation of the statute of the data protection officer. Specifically, with respect to article 38.3 (protection against dismissal) and 38.6 (conflict of interest with other functions or tasks) of the European Data Protection Regulation 2016/679.

Keywords: data protection; data protection officer; designation; independence; confidentiality; incompatibility; protection against dismissal.

Received: 15-02-2023 / Accepted: 19-05-2023 / Published (online preview): 24-05-2023

Citation: Montesdeoca Suárez, A. (2023). The simultaneous compatibility or incompatibility of the person who performs the functions of data protection officer and president of the works council. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of February 9, 2023 (case C-453/21). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 475. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18633>

1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

En Europa, tras 21 años de vigencia de la antigua [Directiva 95/46/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos, entró en vigor el 24 de mayo de 2016 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 (RGPD).

Entre otras incorporaciones, se integró en este cuerpo normativo europeo una figura, el delegado de protección de datos (DPD). Además, el [RGPD](#) le ha proporcionado un estatuto jurídico por el cual se establecen aspectos como: previsiones específicas sobre su nombramiento *ex artículo 37.1, 2 y 3*, si procede ejercicio individual o conjunto *ex artículo 37.4*, las cualidades que debe reunir su perfil *ex artículo 37.5*, su independencia y protección frente al despido *ex artículo 38.4*, su deber de sigilo *ex artículo 38.5*, la compatibilidad con otras funciones y cometidos *ex artículo 38.6*, así como sus funciones *ex artículo 39* (como contenido mínimo).

Precisamente, el objeto de este «diálogo» consiste en analizar una reciente sentencia emitida en el ámbito de la Unión Europea que ahonda y concreta alguno de los aspectos reseñados. En particular, la concreción del estatuto de protección frente al despido en el desempeño de su actividad como DPD y el régimen de compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio de otras funciones o cometidos cuando quien asume este rol es personal interno de la empresa.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) de 9 de febrero de 2023 ([asunto C-453/21](#)) resuelve la cuestión prejudicial recibida el 21 de julio de 2021 y planteada por el Tribunal Supremo de Alemania-Sala Laboral.

En cuanto a los hechos probados, la persona trabajadora desempeña las funciones de presidencia del comité de empresa y, además, el cargo como DPD de la empresa y sus filiales ubicadas en Alemania. Sin embargo, el día 1 de diciembre de 2017 recibió un escrito por parte de la dirección de la empresa por el que se le comunicó su destitución como DPD de la entidad. Por tales motivos, ejercitó las acciones legales oportunas ante

los tribunales alemanes a fin de impugnar este cese en sus funciones. Por parte de la empresa se alegó que el motivo de la destitución obedecía a un conflicto de intereses por cuanto la persona trabajadora estaba ejerciendo simultáneamente el cargo de DPD y la presidencia del comité de empresa. Así, la empresa entiende que existe «un motivo grave», el conflicto de intereses al desempeñar simultáneamente ambos cargos, que justifica la destitución en el cargo como DPD.

Tanto en primera instancia como en apelación, los tribunales alemanes estimaron la acción presentada por la persona trabajadora. Sin embargo, la empresa presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo Alemán-Sala Laboral que es quien emite la cuestión prejudicial. Este tribunal se plantea que, ante los motivos alegados, el resultado del procedimiento depende de una interpretación de la normativa europea en cuestión, el RGPD. Por consiguiente, emitió las siguientes cuestiones a resolver por el TJUE:

1) ¿Debe interpretarse el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del [RGPD] en el sentido de que se opone a una disposición de derecho nacional, como el artículo 38, apartados 1 y 2, en relación con el artículo 6, apartado 4, primera frase, de la [Ley federal alemana de protección de datos], en virtud de la cual se supe-dita la destitución del delegado de protección de datos por el responsable del tratamiento, que es su empresario, a los requisitos establecidos en dicha disposición, con independencia de que se produzca en el marco del desempeño de sus funciones?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿Se opone el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD a tal disposición de derecho nacional también en el caso de que la designación del delegado de protección de datos no venga impuesta por el artículo 37, apartado 1, del RGPD, sino únicamente por el derecho del Estado miembro?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

3) ¿Existe base jurídica suficiente para la disposición contenida en el artículo 38, apartado 3, segunda frase, del RGPD, en particular por lo que se refiere a su aplicación a los delegados de protección de datos vinculados al responsable del tratamiento en virtud de una relación laboral?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

4) ¿Existe un conflicto de intereses en el sentido del artículo 38, apartado 6, segunda frase, del RGPD cuando el delegado de protección de datos ostenta a la vez el cargo de presidente del comité de empresa constituido en el organismo responsable? Para concluir que existe tal conflicto de intereses, ¿es necesario que se le hayan atribuido funciones particulares en el seno del comité de empresa? [...].

3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

En relación con la primera cuestión prejudicial, el TJUE señala que para interpretar el artículo 38.3 del [RGPD](#) y como ha reiterado en su doctrina, [STJUE de 22 de junio de 2022 \(asunto C-534/20\)](#), «deben tenerse en cuenta no solo su tenor literal conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de la que forma parte».

Así, para superar esta dificultad interpretativa sobre los conceptos que aquí interesan, «destituido», «sancionado», «desempeñar sus funciones», para el TJUE el estatuto adicional de protección frente al despido fijado en el artículo 38.3 del [RGPD](#) es aplicable «con independencia de la naturaleza de la relación laboral», es decir, tanto a aquellas personas trabajadoras que forman parte de la plantilla y además desempeñan las funciones de DPD como a aquellas que han sido contratadas en el marco de un contrato de servicios.

Por otra parte, añadió a este régimen de protección frente al despido que se encuentra limitado al ámbito de las funciones que, en virtud tanto del [RGPD](#) como la norma estatal de cada país, se le han encomendado al DPD. Así, el TJUE concluyó que la protección frente al despido del DPD no se extiende a otro tipo de supuestos que quedan al margen y bajo la observancia del cumplimiento de las causas tasadas en la norma laboral por la que se determina la validez del despido. Por lo tanto, una vez superada la respuesta a la primera cuestión prejudicial, el TJUE entiende que no es necesario dar respuesta a las cuestiones segunda y tercera.

En cuanto a la cuarta cuestión prejudicial, el TJUE examina la interpretación del artículo 38.6 del [RGPD](#) respecto a la posible existencia de un «conflicto de intereses». Así, el TJUE plantea, ex artículo 38.6 del [RGPD](#), que efectivamente la norma europea permite el desempeño de las funciones como DPD a una persona que forma parte de la plantilla; designación que vendrá respaldada si se atiende a sus cualidades profesionales tal y como se prevé ex artículo 37.5 del [RGPD](#). Por lo tanto, y *a priori*, no se discute que la norma europea plantee ninguna incompatibilidad de forma expresa. No obstante, el TJUE determina que serán el responsable del tratamiento y su encargado quienes:

[...] deben velar por que esas otras funciones y cometidos no impliquen un «conflicto de intereses». Habida cuenta del significado de esos términos en el lenguaje corriente, procede considerar que, conforme al objetivo perseguido por el artículo 38, apartado 6, del [RGPD](#), no se puede encomendar al delegado de protección de datos la ejecución de funciones o de cometidos que puedan perjudicar el desempeño de las funciones que ejerce como delegado de protección de datos [...].

Y, a continuación, concreta aún más por cuanto especifica que:

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 [...].

Como conclusión, puede entenderse lo siguiente: el nombramiento del DPD dependerá de la decisión del responsable y encargado del tratamiento de datos personales de acuerdo con los parámetros señalados ex artículo 37.5 y 6 del [RGPD](#). Y, por otro lado, las funciones que debe desempeñar se recogen en el artículo 39 del [RGPD](#), no pudiendo asignarse otras que puedan implicar la decisión sobre fines y medios del tratamiento; función que le corresponde al responsable ex artículo 4.7 del [RGPD](#). Por tales motivos, el TJUE, como conclusión a esta cuarta cuestión prejudicial, señaló lo siguiente:

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 38, apartado 6, del [RGPD](#) 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.

4. Trascendencia de la sentencia

La [STJUE de 9 de febrero de 2023](#) constituye un importante pronunciamiento sobre el estatuto del DPD; por un lado, por la confirmación en la protección frente al despido y, por otro, porque señala que, para reconocer el «conflicto de intereses» en el ejercicio de las funciones como DPD con otras en el seno de la empresa, debe concretarse caso por caso. Esta evaluación se encomienda al juez nacional, quien tomando en consideración todas las circunstancias existentes –entre otras, la estructura organizativa de la empresa– determinará si existe o no dicha incompatibilidad en la simultaneidad de funciones.

En primer lugar, respecto a la protección frente al despido de quien desempeñe la figura de DPD ex artículo 38.3 del [RGPD](#), efectivamente, el TJUE ha señalado que el contenido de este artículo no se opone a que un Estado prevea en su normativa nacional la posibilidad de efectuar una destitución cuando quien desempeñe dichas funciones sea personal interno de la empresa. No obstante, debe atender a una causa grave con independencia de que guarde o no relación con el ejercicio de sus funciones, eso sí, remarca el TJUE, «siempre que esa normativa no ponga en peligro la consecución de los objetivos de ese reglamento».

En el marco jurídico español, esta previsión a la que aludió el TJUE en la [Sentencia de 22 de junio de 2022](#) sobre las «disposiciones específicas más protectoras en materia de destitución del delegado de protección de datos», en el caso de la [Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#) (LOPDGDD), se prevé ex [artículo 36](#) que para remover o sancionar al DPD interno debe acreditarse probado que ha incurrido en «dolo o negligencia grave en su ejercicio». También debe precisarse que no se le aplica el régimen sancionador previsto ex [artículo 70 de la LOPDGDD](#), sí estando previsto para los responsables y encargados de los tratamientos, ya que serán quienes asuman las consecuencias en caso de que se corrobore alguna irregularidad.

En este caso, quien desempeña las funciones de DPD es a su vez miembro del comité de empresa –presidencia–, protegido por la apertura de expediente contradictorio en supuestos de sanciones por faltas graves y muy graves ex [artículo 68 a\) del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), así como prohibición de despido y sanción durante el ejercicio de sus funciones ni durante el siguiente año a la expiración de su mandato de conformidad con los parámetros fijados ex [artículo 68 c\) del ET](#).

Sobre esta cuestión ya hemos tenido conocimiento de alguna sentencia, por ejemplo, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 910/2021, de 29 de diciembre](#), que, particularmente, constituye un pronunciamiento singular sobre la garantía de protección a quien ejerza las funciones de DPD. De este modo, ha señalado que el marco instaurado por el [RGPD](#) para esta figura establece una «garantía adicional para estos trabajadores» en los mismos términos que se atribuye a los integrantes del servicio de prevención ex [artículo 30.4 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) y en los mismos términos que en el caso de los representantes de las personas trabajadoras ex [artículos 68 a\), b\) y c\) y 56.4 del ET](#).

En segundo lugar, respecto al posible conflicto de intereses cuando la persona trabajadora que desempeña las labores de DPD además ocupa la presidencia del comité de empresa, debe señalarse lo siguiente: el DPD es una figura que, a tenor de lo dispuesto en el [artículo 36 de la LOPDGDD](#), actúa como interlocutor del responsable o encargado del tratamiento ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y, además, su nombramiento corresponde al responsable y al encargado del tratamiento ex [artículo 37.1 del RGPD](#).

De acuerdo con el criterio anterior, para su nombramiento se atenderá en todo caso a cuestiones tales como: sus cualidades profesionales, sus conocimientos en derecho y, en concreto, en la práctica en materia de protección de datos, su capacidad para garantizar la independencia de las tareas, así como las encomiendas que se le atribuyen ex [artículo 39 del RGPD](#). En todo caso, y como ha señalado el TJUE, no podrán asignarse «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». Y, en suma, el [artículo 38.6 del RGPD](#) habilita expresamente esta posibilidad, es decir, el doble desempeño de otras funciones y cometidos. En adición, porque el DPD asesora, pero no decide, como se ha explicado anteriormente, y, de hecho, existe la posibilidad de que la empresa puede o no compartir

las recomendaciones del DPD en referencia a determinadas acciones como puede ser la elaboración de una evaluación de impacto o un análisis de riesgo.

A fin de alcanzar una respuesta a esta cuestión, en las Directrices sobre los delegados de protección de datos del Grupo de trabajo del artículo 29 ([GT29](#)) se señala que el DPD no puede ocupar cargos en el seno de la empresa que permitan la concreción de los fines y medios del tratamiento de datos personales, ya que es un requisito indiscutible su actuación independiente. A continuación, señala a modo de ejemplo un listado de cargos incompatibles con el ejercicio de las funciones de DPD distinguiendo entre cargos superiores (director general, director de operaciones, director financiero, director médico, jefe del departamento de mercadotecnia, jefe de recursos humanos), así como cargos o puestos inferiores que igualmente puedan interceder en la determinación de los fines y medios del tratamiento. Una cuestión interesante es que aporta, a modo de buenas prácticas, que sean los responsables y encargados del tratamiento quienes determinen en cada una de las empresas qué puestos pueden ser incompatibles, la elaboración de protocolos internos que recojan las posibles situaciones de conflictos de intereses, así como una declaración responsable sobre la independencia y ausencia de esta situación sobre el DPD designado, entre otras.

Para ahondar un poco más, la AEPD se ha pronunciado en su [Informe jurídico 2018/0170](#) sobre la incompatibilidad de la figura del DPD y el responsable de seguridad de la información del Esquema nacional de seguridad. Sobre esta consulta, la AEPD señala que, pese a que ambas figuras coinciden en el enfoque de riesgos (seguridad de la información y riesgos para los derechos y libertades de las personas) y que su nombramiento obedece a una exigencia legal, tienen objetivos distintos. En consecuencia, y lejos de reconocer un «hermanamiento» entre ambas figuras, señala que la clave está en la «diferenciación de tareas», puesto que la independencia del DPD requiere que se impida «asignarle responsabilidades directas en un ámbito que va a tener que supervisar y en el que estará sujeto a instrucciones de otros órganos».

Precisamente, es en este punto, la sujeción a instrucciones, donde pudiera surgir la duda respecto a la independencia del DPD que ostenta la presidencia del comité de empresa. Por un lado, por la posibilidad de ejercer, bajo decisión mayoritaria de este ente, las acciones administrativas o judiciales que consideren respecto al ámbito de sus competencias. Por otro lado, y de forma más clara, en el caso de prosperar una propuesta planteada por la doctrina laboralista, que conlleva la atribución de nuevas funciones al comité de empresa en un nuevo apartado en el [artículo 64.7 a\) del ET](#), labores de «vigilancia en el cumplimiento y aplicación de la normativa de protección de datos personales» ([Todolí Signes, 2021, p. 84](#)). En este caso, concurrirían, como ha señalado la AEPD y el GT29, en la persona trabajadora que asuma el rol de DPD, un cargo directivo y/o de supervisión que pudiera generar el denominado «conflicto de interés». No obstante, esta precisión parece estar orientada a que la persona trabajadora forme parte de alguna estructura jerárquica decisoria que chocaría frontalmente, ex artículo 38.3 del [RGPD](#), con el régimen de rendición de cuentas al más alto nivel jerárquico.

Otra dificultad añadida es que, teniendo en cuenta la redacción del [artículo 63 del ET](#), el comité de empresa se constituye como medio de representación y defensa de los intereses de las personas trabajadoras. Ello supone que quien ostente la presidencia encabeza como imagen visible del ente colegiado una interacción más cercana, directa y pública tanto con el empresario como frente a terceros respecto a la defensa de los derechos laborales de las personas trabajadoras y, entre ellos, el derecho fundamental a la protección de datos personales de las personas trabajadoras.

En definitiva, la propuesta que consiste en reconocer el conflicto de interés entre la representación de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones sindicales al mismo tiempo que se actúa como DPD se plantea sumamente controvertida, puesto que requiere una interpretación de mucho rigor. Y como se ha señalado anteriormente, la empresa deberá garantizar que las funciones del DPD se pueden desarrollar sin ningún «conflicto de interés». En caso contrario, como ha señalado el TJUE, deberá ser el juez nacional quien se pronuncie en cada caso «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».

Por los motivos expuestos, se concluye con que el estatuto legal de los miembros del comité y del DPD guarda estrecha relación en materias como el sigilo profesional, la protección frente al despido en el ejercicio de sus funciones, así como la capacidad para supervisar, vigilar, asesorar y cooperar con la empresa. Por tanto, se puede estar de acuerdo en que ni la normativa comunitaria ni la normativa nacional impiden el ejercicio de las funciones de DPD por quien ostenta la presidencia del comité de empresa; quien deberá acatar su ejercicio imparcial e independiente. Y, además, lejos de apreciar una incompatibilidad, constituye un valor añadido que cuente con esta formación específica en materia de protección de datos, respaldada, por ejemplo, a través de mecanismos voluntarios de certificación [ex artículo 35 de la LOPDGDD](#), ya que repercutirá positivamente en la negociación de acuerdos colectivos en esta materia (modelo de gestión de datos, procesos de reclutamiento, derechos digitales, gestión algorítmica, entre otros).

No obstante, estaremos atentos a la decisión final que emita el Tribunal Supremo alemán, puesto que el TJUE no ha respondido, aunque deja entrever que existen motivos para calificar la incompatibilidad en el ejercicio de ambas funciones ([Rojo Torrecilla, 2023](#)). Además, es un pronunciamiento relevante, ya que las consecuencias pueden darse en las mismas circunstancias en España. Mientras tanto, y ante tales dudas, lo más sensato para ambas partes –empresa y representación sindical– debe ser la puesta en conocimiento de esta situación ante la AEPD y la correspondiente petición de un informe jurídico que permita ofrecer mayores luces interpretativas.