

APUNTES SOBRE LA FIGURA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS (DPD) Y SU PARTICULAR POSICIÓN CONTRACTUAL

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES

Abogado. Profesor de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

juancarlos.velasco@uca.es

RESUMEN: El novedoso marco jurídico de la protección de datos personales ha supuesto la génesis, en el ordenamiento jurídico español, de una figura *ex novo*: el denominado delegado de protección de datos (DPD) o *data protection officer (DPO)*. El RGPD y la LOPDGDD, en determinados supuestos, han impuesto a los responsables y/o encargados del tratamiento el deber de designación de este perfil, con el consecuente auge de profesionales que pretenden satisfacer las demandas del mercado. La norma supranacional habilita al contrato de servicios como una de las vías para la reglamentación de la voluntad de las partes, centrándose este estudio en la puesta de relieve de las notas más caracterizadoras de esta particular relación contractual con el DPD.

PALABRAS CLAVE: delegado de protección de datos, contrato, obligaciones, profesional, datos personales, supervisión de datos, responsable, encargado, tratamiento, privacidad, servicio profesional.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL II. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS (DPD) O *DATA PROTECTION OFFICER (DPO)*: ALGUNAS NOTAS DE INTERÉS 1. Concepto

2. Fundamento 3. Cualificación profesional III. LA RELACIÓN PROFESIONAL DE SERVICIOS
1. Realidad profesional *ex novo*: el proceso de «*data monitoring*» 2. Designación 3.
Fundamento 4. El contrato de (arrendamiento de) servicios, regulador de la relación con
el DPD 4.1 Encuadre 4.2 Breves notas sobre otros aspectos A. ¿Dependencia? B.
Remoción, ¿resolución unilateral? IV. CONCLUSIONES

NOTES ON THE POST OF DATA PROTECTION OFFICER (DPO) AND ITS SPECIFIC CONTRACTUAL STATUS

ABSTRACT: The new legal framework regarding personal data protection has led to the creation ex novo of a figure known as Data Protection Officer (DPO) in the Spanish legal system. The RGPD [General Register of Data Protection] and the LOPDGDD [Organic law on data protection and guarantee of digital rights] have, in certain cases, made data processing managers and/or supervisors responsible for appointing this profile, as a consequence of which the number of professionals aspiring to satisfy this market demand has surged. The supranational rule envisages the services contract as a means for regulating the will of the parties, and this study focuses on highlighting the most characteristic features of this particular contractual relationship.

KEY WORDS: data protection officer, contract, obligations, professional, personal data, data monitoring, manager, supervisor, processing, privacy, professional service.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El nuevo panorama jurídico integrado por la entrada en vigor del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016¹ (RGPD en adelante) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de

¹ Referente a la protección de las personas físicas, el tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación. DOCE de 4 de mayo de 2016. En vigor desde el 24 de mayo de 2016, de aplicación obligada desde el 25 de mayo de 2018.

diciembre² (LOPDGDD en adelante) ha impuesto a los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales el deber de designar, en determinados supuestos³, a un Delegado de Protección de Datos (DPD) o *Data Protection Officer (DPO)*⁴. Este panorama normativo ha permitido que en los últimos años se haya incrementado la demanda de sus servicios por los destinatarios de la norma nacional y supranacional. Éstas han calificado al DPD como un experto⁵, garante de la protección de los datos personales⁶, que puede formar parte de la plantilla del responsable y/o encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios⁷.

La referencia al contrato de servicios por el RGPD, como instrumento idóneo para regular la voluntad de las partes, motiva la pretensión de este trabajo. Así, el objeto del trabajo se enmarca en destacar las notas o particularidades del profesional DPD, para posteriormente profundizar en la relación jurídico-contractual a la que hace referencia en art. 37.6 RGPD.

Para lograr lo propuesto, se considera de especial interés recurrir a las reglas hermenéuticas contenidas en el art. 3.1 CC, concretamente el estudio de la realidad profesional imperante (el DPD) y su hipotética relación contractual, en relación al contexto normativo en el que se desarrolla. Así, las normas relativas a la protección de datos han de ponerse en contexto con las propias del derecho de obligaciones y contratos, atendiendo al espíritu y finalidad de las primeras, para posteriormente presentar las particularidades de esta novedosa relación de servicios.

Para la obtención un óptimo resultado, en primer lugar, se ha de profundizar en los rasgos caracterizadores del profesional que se estudia: concepto, fundamento y

² Relativa a la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018. En vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

³ *Vid.* art. 37.1 RGPD y art. 34.1 LOPDGDD.

⁴ Terminología de corte anglosajona utilizada por el sector profesional.

⁵ *Vid.* art. 37.5 RGPD y art. 35 LOPDGDD.

⁶ *Vid.* art. 39 RGPD; art. 36 y 37 LOPDGDD.

⁷ *Vid.* art. 37.6 RGPD.

espíritu⁸. Estas nociones generales permitirán un acercamiento más nítido a la relación contractual que anuncia ordenamiento europeo (el contrato de servicios) y de especial tradición jurídica en el nacional. El esbozo de unas notas, que acerquen a las peculiaridades de esta nueva relación profesional, facilitan la actividad integradora pretendida⁹; así, aspectos como designación profesional y el espíritu de la figura permitirá delimitar la relación contractual de servicios que anuncia el art. 37.6 RGPD.

II. EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS (DPD) O *DATA PROTECTION OFFICER* (DPO): ALGUNAS NOTAS DE INTERÉS

1. Concepto

La génesis del DPD, como profesional, se encuentra en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, denominándose «encargado de la protección de datos»¹⁰, aunque en algunos países como Alemania, ya se había manifestado previamente en su legislación¹¹. Esta norma supranacional reconoce a los Estados miembros la posibilidad de que el encargado del tratamiento pueda nombrar a otro con capacidad de controlar y velar por los derechos y libertades de los interesados en el tratamiento de sus datos

⁸ *Vid.* apdo. sub. II.

⁹ *Vid.* apdo. sub. III.

¹⁰ Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE de 23 de noviembre de 1995). Alemania, Francia, Suecia, Países Bajos, Luxemburgo, Eslovaquia, Estonia y Hungría fueron pioneros en prever en sus respectivos ordenamientos la figura del encargado de la protección de los datos personales. Los considerandos (49) y (54) de la Directiva 95/46/CE habilitan el nombramiento de un encargado protector de los datos «[...] que se cerciore de que los tratamientos efectuados no pueden atentar contra los derechos y libertades de los interesados [...]» (49); declarándose expresamente que «[...] los Estados miembros deben prever, para dichos tratamientos, un examen previo a su realización por parte de la autoridad de control o del encargado de la protección de datos en cooperación con aquella [...]» (54). Fue en el año 1995 cuando el derecho europeo comienza a avanzar hacia una nueva realidad profesional: la designación de un encargado independiente con funciones de vigilancia y cumplimiento normativo en materia de protección de datos, que examinará el cumplimiento correcto de la gestión de los datos personales. El nombramiento del encargado de la protección de datos se constituyó como una figura de carácter optativo para los Estados miembros, lo que permitió que cada uno lo regulase de distinta forma. No obstante, debe considerarse que el óptimo funcionamiento de la figura, en estos Estados, ha permitido convertirse en la antesala de la actual regulación.

¹¹ *Vid.* Secc. 38 Ley Federal de Protección de Datos o *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG), (1977).

personales¹², habilitándose algunas ventajas para los adoptantes de tales previsiones¹³. En España, el legislador nacional no previó en su normativa interna la facultad que enunciaba el ordenamiento europeo, convirtiéndose el vigente RGPD y, posteriormente, la LOPDGDD, en el origen del actual DPD¹⁴.

La definición de DPD puede encontrarse en el originario documento de trabajo¹⁵ que elaboró la Comisión Europea, relativo al impacto del vigente RGPD¹⁶. El citado documento configura a este encargado como una persona (empleado interno o consultor externo), responsable e independiente, con funciones de control, supervisión y monitorización de las normas de protección de datos. De dicha definición puede extraerse claramente que se está ante un supervisor independiente que se encarga del control y la supervisión del cumplimiento de la normativa de protección de datos¹⁷, con una clara finalidad: salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de los interesados¹⁸.

2. Fundamento

¹² El considerando (49) hace referencia a un «encargado» de la protección de datos que actúe como garante de que los tratamientos efectuados no atentan contra los derechos y libertades de los interesados.

¹³ *Vid.* art. 18.2 Directiva 95/46/CE.

¹⁴ *Vid.* 37.1 RGPD.

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION. COMMISSION STAFF WORKING PAPER «Impact Assessment Accompanying the document Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) and Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data». Brussels, 25.1.2012, SEC (2012) 72 final. Disponible en

https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?fuseaction=list&coteId=2&documentType=IMPACT_ASSESSMENT&version=ALL (Última vez consultado el 28 de octubre de 2020). El DPD queda definido en el texto original como: «A person responsible within a data controller or a data processor to supervise and monitor in an independent manner the internal application and the respect of data protection rules. The DPO can be either an internal employee or an external consultant».

¹⁶ Ni el RGPD ni la LOPDGDD dan una definición del DPD, sino que directamente regulan su designación, posición, cualificación y funciones (*Vid.* art. 37 y ss. RGPD; art. 34 y ss. LOPDGDD).

¹⁷ Definición extraída del documento de trabajo: «A person responsible within a data controller or a data processor to supervise and monitor in an independent manner the internal application and the respect of data protection rules. The DPO can be either an internal employee or an external consultant».

¹⁸ *Vid.* considerando (51) RGPD.

El RGPD tiene por objeto la concesión de cierta protección y tratamiento armonizado de los datos personales de las personas físicas, frente al avance tecnológico y uso ilimitado e indiscriminado de los datos por parte de empresas privadas y autoridades públicas¹⁹. Este interés proteccionista encuentra su motivación en el derecho fundamental a la protección de los datos personales recogido en el ordenamiento europeo (art. 8 CDFUE y 16.1 TFUE) y en la legislación interna (art. 18.4 CE).

El legislador nacional, con objeto de regular determinados aspectos dejados a la libertad y particularidad de cada Estado²⁰, dictó la LOPDGDD. Esta tiene por objeto, al igual que el Reglamento, garantizar y proteger a las personas físicas del uso de sus datos personales por el sector público y privado. Sin embargo, como novedad amplifica el ámbito subjetivo: datos personales de las personas fallecidas²¹.

El preámbulo de la LOPDGDD pone de relieve el eventual riesgo que supone el tratamiento de los datos personales. La norma parte del análisis de esa situación para concluir con su finalidad: prevenir una eventual vulneración de los derechos fundamentales²². Esta prevención recae directamente tanto en el responsable y encargado del tratamiento²³ como en el DPD designado al efecto. La norma les exige un debido control en el tratamiento de los datos de toda persona física. Aunque la normativa hace responsable al DPD de la prevención, su función corresponde con la de

¹⁹ El art. 4 1) RGPD define «datos personales» como aquella información que se dispone sobre una persona física «identificada o identificable», llamada interesado. La persona identificable es aquella «cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente [...]».

²⁰ *Vid.* el art. 1 a) LOPDGDD.

²¹ El RGPD excluye expresamente la protección de los datos de las personas fallecidas (Considerando 27), dejando abierta la posibilidad de su regulación por el Derecho interno de cada Estado, traduciéndose en lo dispuesto en el art. 3 LOPDGDD.

²² *Vid.* Preámbulo.

²³ El art. 4 RGPD aborda el concepto de «responsable del tratamiento» o «responsable»: aquella «persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento [...]». Por «encargado del tratamiento» o «encargado» se entiende como aquella «persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

un asistente técnico que tiene como misión evitar o aminorar el riesgo que pueda generar el tratamiento de los datos personales.

3. Cualificación profesional

La normativa de protección de datos exige que el DPD sea designado atendiendo a su formación y práctica profesional, cuestión demandada en los trabajos previos al RGPD²⁴. En particular, este novedoso perfil profesional ha de contar con suficientes conocimientos de la disciplina del Derecho, y práctica en la protección de datos, notas esenciales del carácter de profesionalidad²⁵. Es decir, los responsables y encargados del tratamiento han de contar con la ayuda técnica, profesional y solvente de un DPD²⁶, recogiendo en las normas las características particulares de dicha cualificación²⁷.

²⁴ RECIO GAYO, Miguel, «Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad («accountability»)», *Diario La Ley*, Nº 2, Sección Legal Management, 12 de enero de 2017, p. 9, hace referencia al criterio seguido por el GT29 señalando «que el factor fundamental a considerar es que el DPD tenga experiencia, conocimiento y práctica en derecho nacional y europeo sobre protección de datos».

²⁵ *Vid.* art. 37.5 del RGPD; art. 35 LOPDGDD. [CERVILLA GARZÓN, María Dolores., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 25-52, advierte que para que estemos ante una relación de carácter profesional resulta necesaria una serie de características personales, que consideramos concurrentes en el DPD: *i*) formación intelectual; *ii*) independencia; *iii*) relación de confianza entre las partes; *iv*) el desempeño de una función social; *v*) responder a unas normas de carácter ético o moral (deontología profesional); *vi*) onerosidad y *vii*) colegiación. Quizá, este último, actualmente, no sea necesario, debido a las políticas de liberalización de servicios [*Vid.* Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm.308 de 23 de diciembre de 2009)]. En cuanto al DPD, de la normativa nacional y supranacional puede destacarse: la necesidad de cualificación (*ex* art. 37.5 del RGPD y 35 LOPDGDD); el desarrollo de sus funciones de forma independiente (*ex* art. 38.3 del RGPD y 36.2 LOPDGDD); función social derivada del espíritu de la norma —protección y seguridad en la privacidad de los datos personales; cuestiones éticas [*vid.* Esquema de certificación de delegados de protección de datos de la AEPD (esquema AEPD-DPD), de diciembre de 2019. Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-01/esquema-aepd-dpd.pdf> (Última vez consultado el 22 de abril de 2020). «A los efectos de justificar cuestiones como la integridad y el elevado nivel de ética profesional que implica la función de DPD, se ha elaborado [...] un código ético con principios, valores y compromisos que ha de ser aceptado por los candidatos a obtener la certificación»].

²⁶ El Considerando 97 RGPD, hace alusión a la necesidad de que el responsable o encargado del tratamiento, cuente con la colaboración de especialista en Derecho y con experiencia en la protección de datos. Esto alude a la profesionalización del DPD que no sólo ha de contar con unos determinados conocimientos, sino que, de reunir la cualidad de ser independiente, aunque desempeñe o no una relación laboral.

²⁷ *Vid.* art. 37.5 RGPD y 35 LOPDGDD.

El art. 35 de la LOPDGDD señala que, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 37.5 RGPD, podrá demostrarse, entre otros medios, mediante mecanismos voluntarios de certificación²⁸. Sin embargo, se ha de precisar que el conocimiento de la disciplina del Derecho ha quedar excluida de los citados mecanismos voluntarios de certificación, competencia del ámbito académico. El reconocimiento de una determinada cualificación profesional de carácter académico y otra de práctica forense, hace que indudablemente se esté ante un perfil profesional²⁹. De hecho, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD en adelante) considera que el DPD es un profesional que satisface la demanda del mercado mediante el ofrecimiento un servicio cualificado³⁰.

Algún autor³¹ niega que el DPD sea un profesional, basándose en el incumplimiento de las definiciones que exhibe el art. 3.1 de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005³². En síntesis, el rechazo radica en que el DPD carece de una formación entendida como cualificación acreditada conforme, a pesar de que el RGPD sugiera la tenencia de conocimientos especializados en Derecho. A pesar de ello, hay que precisar que la Directiva 2005/36/CE debe de interpretarse conforme a la

²⁸ El art. 37.5 RGPD indica que el DPD deberá de designarse teniendo en cuenta sus cualidades profesionales, el conocimiento especializado del Derecho, la práctica en materia de protección de datos y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el art. 39. Es obvio que los estudios de la disciplina del Derecho no pueden obtenerse mediante los mecanismos de certificación voluntaria, sino más bien el resto de cualidades no académicas. Así, en el esquema AEPD-DPD se expresa que la certificación viene a ser una «herramienta adecuada y válida para la evaluación objetiva e imparcial de la competencia de un individuo para realizar una actividad determinada» y, «[...] proporciona al mercado una información útil y contrastada sobre los criterios aplicados y los requisitos exigidos a las personas para obtener la certificación profesional». Las entidades que pueden certificar la cualificación no académica del DPD son aquellas que están acreditadas por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), conforme a la norma UNE-EN ISO/IEC 17024:2012.

²⁹ La RAE define la «profesionalidad» como aquella «cualidad de la persona u organismo que ejerce su actividad con capacidad y aplicación relevantes».

³⁰ El Esquema AEPD-DPD considera al DPD como un profesional.

³¹ RECIO GAYO, Miguel., *El estatuto jurídico del Data Protection Officer*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p.213, niegan que el DPD sea una profesión por no ser necesaria una prueba de acceso (*Vid.* Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales).

³² Relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOCE de 30 de septiembre de 2005).

reglamentación interna: el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio³³ sobre las condiciones de acceso a una profesión regulada³⁴. Del análisis de ésta se llega a la conclusión de que el DPD no es una profesión regulada, en el que sea necesario un procedimiento para permitir el acceso y ejercicio de la profesión. Advertir que las reglas regulatorias (Real Decreto 581/2017 y Directiva 2005/36/CE) son de aplicación a aquellas profesiones que necesitan de un título habilitante para poder acceder a su ejercicio. Es decir, las normas no han determinado la imperiosa necesidad de un título que habilite al profesional a acceder a su ejercicio, sino que en su designación debe de concurrir la disposición de unos conocimientos especializados en Derecho y práctica en materia de protección de datos. Así, por el hecho de no contemplarse un sistema de acceso al ejercicio de la profesión de DPD, conforme la normativa relativa a las actividades reguladas, no se ha de negar que este carezca de las notas características que lo hacen ser un profesional³⁵.

Actualmente, ni el RGPD ni la LOPDGDD han previsto condicionantes adicionales para acceder y ejercer profesionalmente como encargado de la protección de los datos personales. Otra cuestión distinta será si, en un futuro, ha de considerarse dicho perfil como profesión regulada de la que se necesite un título específico que habilite su ejercicio. Lo que parece imponer el RGPD es el conocimiento especializado del Derecho, sin concretar titulación alguna. Esta cuestión que podría haberse salvado en la LOPDGDD, no que ésta remite al genérico contenido del art. 37.5 del citado Reglamento.

III. LA RELACIÓN PROFESIONAL DE SERVICIOS

³³ Dicha norma incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI). BOE núm. 138, de 10 de junio de 2017.

³⁴ El art. 4.9 a) del Real Decreto 581/2017, de 9 de junio define «actividad regulada» como aquella «actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional».

³⁵ *Vid.* nota 25.

1. Realidad profesional *ex novo*: el proceso de «*data monitoring*»

La realidad normativa vigente ha impuesto una nueva necesidad demandada por los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales, esencialmente: la satisfacción de un interés consistente en la contratación de un profesional encargado de la supervisión y cumplimiento de las normas de protección de datos³⁶. Frente a esta demanda, un sector, que se dedica profesionalmente a las citadas tareas, pretende dar respuesta a tales peticiones, ofreciéndose al mercado unos servicios de marcada naturaleza intelectual. El nuevo marco jurídico, implantado por las normas de protección de datos, ha facilitado el nacimiento de una realidad profesional *ex novo*, cuyas particularidades se verán reflejadas en las posteriores relaciones jurídicas. El surgimiento de hipotéticas relaciones jurídicas, entre los demandantes del servicio y los que ofrecen sus conocimientos, fragua una relación obligatoria de carácter complejo³⁷.

Como consecuencia de la implantación de este marco, el DPD pretende dar satisfacción a una realidad social y económica: la demanda de unos servicios cualificados por aquellos que la normativa hace responsables y/o encargados en el tratamiento de los datos personales.

En términos generales, de un ejercicio interpretativo de los preceptos del RGPD y de la LOPDGDD puede extraerse que las funciones esenciales del DPD se catalogan en cuatro actividades esenciales, más otras accesorias³⁸: *i)* «vigilancia»; *ii)* «supervisión»; *iii)* «control» del tratamiento de los datos personales; y, *iv)* velar por el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos. El ejercicio de estos bloques de funciones

³⁶ Consecuencias que se extraen de las funciones atribuidas por el art. 39.1 RGPD al DPD.

³⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, p.127 parte de que la relación obligatoria es una relación jurídica compleja, considerándose que tal atributo se acentúa cuando se circunscribe una como la de «*data monitoring*»; en la que el objeto contractual había sido inexistente hasta la entrada en vigor del RGPD.

³⁸ *Vid.* art. 39 RGPD; art. 36 y 37 LOPDGDD.

podrían enmarcarse en lo que se puede denominar como proceso de monitorio de datos o «*data monitoring*»³⁹. Este catálogo general de funciones forman parte del proceso continuo de monitorización de datos, con la finalidad de prevenir un eventual riesgo que provoque un incumplimiento normativo y, como consecuencia de ello, se termine violando algún derecho o libertad fundamental del individuo.

Como consecuencia de la imposición normativa de deber de designar a un DPD, será la regulación jurídico-contractual la que deba de afrontar las particularidades de esta nueva realidad profesional, sin arraigo en el ordenamiento patrio. El contrato⁴⁰ será el elemento configurador de la reglamentación de la particular relación entre DPD y/o encargado del tratamiento, aunque otras relaciones jurídicas no manifestadas en el RGPD ni en la LOPDGDD podrían ser igual válidas (*v.gr.* la funcional) ⁴¹.

³⁹ La acepción inglesa «*monitoring*» podría resumir las funciones esenciales del DPD. Esta acepción hace referencia a elementos como supervisión, seguimiento, vigilancia y control, entendido como proceso. Por ello, se considera adecuado formar un concepto que englobe el número máximo de funciones, mediante la unión de dos palabras: «*data monitoring*». Es decir, el «*data monitoring*» daría respuesta a la finalidad y espíritu de la relación profesional: la función de cumplimiento, supervisión y asesoramiento que ha de prestar el DPD acerca de la normativa de protección de datos. De hecho, a lo largo del RGPD, en su versión inglesa, abunda la referencia «*monitoring*», entendida como proceso o gestión de los datos de los datos personales. Concretamente, el art. 37.1 b) reduce el denominado «*monitoring of data*» como proceso de observación señalándose: «*the core activities of the controller or the processor consist of processing operations which, by virtue of their nature, their scope and/or their purposes, require regular and systematic monitoring of data subjects on a large scale*». La denominación de *data monitoring* puede servir de definición del contrato que une al DPD y al responsable y/o encargado del tratamiento. Ello se sustenta en lo sucedido con otras figuras contractuales de ámbito mercantil como el *leasing*, el *factoring* o el *renting*, en las que con una sola palabra puede identificarse la figura a. De ahí la pretensión de buscar un nombre a la relación jurídica contractual que se estudia y que se propone como «contrato de *data monitoring*».

⁴⁰ CARRASCO PERERA, Ángel., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 55 señala que el contrato es fuente de creación de obligaciones de dar, hacer o no hacer conforme al art. 1088 CC. LÓPEZ LÓPEZ, Ángel., «El contrato», en AA.VV., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant Lo Blanch, 2001, p.215 afronta el concepto de contrato a partir del origen: acuerdo de voluntades que nace de las partes, génesis de las obligaciones. Tal definición parece carecer de precisión puesto que un determinado acuerdo de voluntades no tiene porqué generar por sí sólo obligaciones. En el mismo sentido, la voluntad de las partes no tiene porqué ser la reglamentación contractual. Parecida definición es la que ofrece LACRUZ BERDEJO, José Luis., *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 21 basándola en el art. 1134 del CC francés: el contrato viene a ser un acuerdo fruto de la voluntad de las partes con la finalidad de producir efectos jurídicos. PACHECO GALLARDO, Manuel., «El contrato y sus elementos esenciales», *Diario La Ley*, Nº 8740, Sección Dossier, 13 de abril de 2016, p.1, lo considera un «negocio jurídico bilateral productor de obligaciones en el cual, en general, subyace un intercambio económico objeto de valoración por las partes». Lo que sí parece claro por la doctrina es que se esté ante un acuerdo de voluntades que tiene como origen la libertad de los contratantes, cuyo objeto es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

⁴¹ *Vid. infra* apdo. 2

2. Designación

El RGPD ⁴² y la LOPDGDD ⁴³ contienen normas específicas relativas a la designación del DPD, sin reconocer formalidad alguna. Concretamente, las normas antedichas prevén: *i)* los supuestos en los que es un deber⁴⁴ designar al profesional y los casos en los que es voluntaria⁴⁵; *ii)* el nombramiento para grupos de empresas⁴⁶; *iii)* la designación cuando el responsable y/o encargado es autoridad u organismo público⁴⁷;

⁴² *Vid.* art. 37 RGPD.

⁴³ *Vid.* art. 34 LOPDGDD.

⁴⁴ *Vid.* art. 37.1 RGPD y art. 34.1 LOPDGDD. El Reglamento señala la obligación de nombramiento del profesional en los siguientes casos: «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 art. 9 y de datos relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el art. 10». Por su parte, el art. 34.1 LOPDGDD impone el deber de designar un DPD cuando se esté ante las siguientes entidades: «a) Los colegios profesionales y sus consejos generales; b) Los centros docentes que ofrezcan enseñanzas en cualquiera de los niveles establecidos en la legislación reguladora del derecho a la educación, así como las Universidades públicas y privadas; c) Las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas conforme a lo dispuesto en su legislación específica, cuando traten habitual y sistemáticamente datos personales a gran escala; d) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando elaboren a gran escala perfiles de los usuarios del servicio; e) Las entidades incluidas en el art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; f) Los establecimientos financieros de crédito; g) Las entidades aseguradoras y reaseguradoras; h) Las empresas de servicios de inversión, reguladas por la legislación del Mercado de Valores; i) Los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y los distribuidores y comercializadores de gas natural; j) Las entidades responsables de ficheros comunes para la evaluación de la solvencia patrimonial y crédito o de los ficheros comunes para la gestión y prevención del fraude, incluyendo a los responsables de los ficheros regulados por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; k) Las entidades que desarrollen actividades de publicidad y prospección comercial, incluyendo las de investigación comercial y de mercados, cuando lleven a cabo tratamientos basados en las preferencias de los afectados o realicen actividades que impliquen la elaboración de perfiles de los mismos; l) Los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes. Se exceptúan los profesionales de la salud que, aun estando legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes, ejerzan su actividad a título individual; m) Las entidades que tengan como uno de sus objetos la emisión de informes comerciales que puedan referirse a personas físicas; n) Los operadores que desarrollen la actividad de juego a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, conforme a la normativa de regulación del juego; ñ) Las empresas de seguridad privada; o) Las federaciones deportivas cuando traten datos de menores de edad». Partiendo de la concreción anterior, las anteriores entidades, pueden considerarse sujetos de la relación contractual.

⁴⁵ *Vid.* art. 34.2 LOPDGDD y art. 37.4 RGPD.

⁴⁶ *Vid.* art. 37.2 RGPD.

⁴⁷ *Vid.* art. 37.4 RGPD.

iv) la cualificación profesional requerida⁴⁸; v) relativo a la prestación del servicio: formando parte de la plantilla del responsable y/o encargado o en el marco de un contrato de servicios⁴⁹ y su dedicación (total o parcial)⁵⁰; vi) publicidad de los datos del DPD y comunicación a la autoridad de control⁵¹.

De la relación anterior debe destacarse que ni la legislación nacional ni la supranacional detallan o expresan las particularidades especiales o formales del nombramiento profesional, lo que parece conceder plena libertad a las partes en la reglamentación de sus intereses. La designación profesional se convierte en el inicio de la relación contractual, fraguándose la relación obligacional en cuanto concurra la manifestación de la oferta, la aceptación del objeto del contrato y la causa del contrato (ex. art. 1261 y 1262 CC). Por tanto, puede decirse que la designación profesional se convierte en el acto por el cual las partes consienten la relación obligacional de carácter profesional que recae sobre los servicios a prestar por el DPD.

Aunque el RGPD dé la posibilidad al DPD de formar parte de una relación laboral o, por el contrario, una relación de servicios, existe alguna que otra laguna interesante de abordar. El art. 37.6 de la citada norma exhibe textualmente: «el delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios». Parece que el precepto delimita la relación a dos ámbitos contractuales: el laboral y el arrendamiento o contrato de servicios⁵². La norma europea se aventura a calificar la naturaleza de la relación, que puede darse entre el DPD y el responsable y encargado del tratamiento, sin tener en cuenta las particularidades de cada ordenamiento interno.

⁴⁸ Vid. art. 37.5 RGPD.

⁴⁹ Vid. art. 37.6 RGPD.

⁵⁰ Vid. art. 34.5 LOPDGDD.

⁵¹ Vid. art. 37.7 RGPD; art. 34.3 y 34.4 LOPDGDD.

⁵² COSSÍO, Alfonso., *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid, 1975, p. 378 considera que mediante el arrendamiento de servicios se recibe un trabajo a cambio de un precio, sirviendo de instrumento típico para la alienación del trabajo humano.

En una interpretación extensiva del ambiguo precepto, puede aventurarse que el DPD puede desempeñar: *i)* una relación de carácter laboral⁵³; *ii)* una civil de servicios; *iii)* una relación funcionarial o administrativa de servicios⁵⁴. Y es que, el art. 37.6 no es excluyente de otras realidades jurídicas, de lo contrario, habría vetado toda posibilidad: «El delegado de protección de datos podrá [...]». La referencia del ordenamiento a las posibles relaciones entre el DPD y el responsable/encargado del tratamiento, debe catalogarse de genérica y potestativa, pues el legislador europeo no ha tenido en cuenta el ordenamiento jurídico-contractual de cada Estado miembro, cuestión que debió preverse en la LOPDGDD. Algunos autores⁵⁵, plantean soluciones contractuales de carácter mixto, según las circunstancias que concurren: *v.gr* en determinadas ocasiones resultará aconsejable que el personal de plantilla desempeñe la función de DPD por el conocimiento específico del ámbito concreto en el que se desenvuelve el responsable y encargado del tratamiento; en otras, la designación externa puede dar seguridad de independencia e imparcialidad.

⁵³ *Vid.* art. 37.6 RGPD. Además, por otro lado, el art. 34.5 LOPDGDD exhibe la dedicación del profesional: completa o parcial y, el art. 36.2 LOPDGDD reconfirma la relación de carácter laboral: «Cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento [...]», dejándose la puerta abierta a otras realidades contractuales. En el ámbito laboral, el contrato de trabajo se convierte en uno de los negocios jurídicos habilitados para regir la relación entre el responsable y/o encargado del tratamiento y el DPD, si se cumplen las notas establecidas en el art. 1 ET De éstas, la dependencia y la subordinación constituirán las variables más notables de cualquier calificación contractual. Se ha de advertir que, en la relación DPD y responsable/encargado del tratamiento, estas notas no podrían casar bien con la independencia que caracteriza al profesional, sancionándose conforme a lo dispuesto en el art. 38.3 RGPD y el art. 36.2 LOPDGDD. Estos preceptos configuran la independencia como un aspecto fundamental para el desarrollo óptimo de las funciones, de ahí que se garantice la carencia de recepción de instrucciones que recaigan sobre el desempeño de sus tareas y la evitación de cualquier conflicto de intereses. Además, se refuerza la posición del profesional al negarse la destitución o sanción por el desempeño de sus funciones, salvo que incurra en dolo o negligencia grave.

⁵⁴ El RGPD no excluye que el DPD se integre en un régimen de carácter funcionarial cuando el encargado o responsable sea una autoridad u organismo público: «[...] podrá formar parte de la plantilla del responsable o encargado del tratamiento [...]» (art. 37.6 RGPD). Del mismo modo, tampoco parece existir inconveniente en que la relación se circunscriba a un contrato administrativo de servicios conforme al art. 17 y Capítulo V de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

⁵⁵ DURÁN RUIZ, Francisco Javier., «La figura del delegado de protección de datos como nueva salida profesional para los graduados en Derecho» en AA.VV., *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios. Una visión desde la investigación y la experiencia docente*, Dykinson, Madrid, 2018, p.152.

A modo de resumen, del art. 37.6 RGPD, puede extraerse que el nombramiento del DPD puede efectuarse tanto en el seno de una relación de Derecho público como en una de Derecho privado; en un ámbito normativo propio del Derecho civil, laboral o administrativo. De este abanico de regímenes posibles, el trabajo se limita al estudio de la designación efectuada en la estricta órbita de un contrato de (arrendamiento de) servicios (ex. art. 1542 y 1544 CC)⁵⁶; profundizándose sobre la naturaleza de la relación profesional y en las particularidades de la relación de servicios, respecto de un perfil, hasta la entrada en vigor del RGPD, inexistente en el ordenamiento jurídico español.

3. Fundamento

Los considerandos (77) y (97) RGPD exhiben la posición del DPD con respecto a su cometido: *i)* realizar las indicaciones y recomendaciones al responsable o encargado del tratamiento necesarias, con objeto de prevenir un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (77); *ii)* servir de ayuda técnica al responsable o encargado del tratamiento en la acción de supervisión de la observancia del RGPD. Estos considerandos han sido desarrollados en el art. 39.1 RGPD, relativo a las funciones del DPD. Este precepto señala, a modo de *numerus apertus*, las funciones mínimas que puede desempeñar el DPD: *i)* informar y asesorar sobre las obligaciones que impone el RGPD y otras disposiciones normativas [(art. 39.1 a)], así como sobre la evaluación de impacto relativo a la protección de datos [art. 39.1 c)] ; *ii)* supervisar el cumplimiento de las normas [art. 39.1 b)]; *iii)* cooperar [(art. 39.1 c)] y actuar como punto de contacto con la autoridad de control [(art. 39.1 d)] [en el caso de España, la AEPD (arts. 36.1 y 37 LOPDGDD)].

De la mayoría de funciones expuestas, puede extraerse de nuevo el fundamento de la figura profesional que se estudia: la necesidad de prevenir el riesgo de incumplimiento de las normas y, que como consecuencia de la vulneración de éstas, se

⁵⁶ *Vid. infra.* 3.1

produzca la violación de algún derecho o libertad fundamental del individuo. Generalmente, el profesional se comprometerá a disponer de lo necesario para evitar el riesgo de producción de incumplimiento de la normativa de protección de datos. El DPD tiene como objetivo la mitigación de los riesgos de incumplimiento de la normativa de protección de datos y, por ende, evitar o aminorar los eventuales perjuicios que pueden irrogarse hacia aquel que ha concertado sus servicios⁵⁷. Así, de este fundamento, en términos generales, la relación jurídica entre el DPD y el responsable y/o encargado del tratamiento tendrá por objeto la prestación de un servicio cualificado: la prevención; un genuino *Compliance*⁵⁸ en materia de protección de datos personales.

Una vez delimitado brevemente el fundamento de la figura profesional del DPD, originario de un nuevo marco legal; cabe cuestionarse si el contrato de (arrendamiento de) servicios es el instrumento más adecuado para reglamentar la voluntad de las partes, teniéndose en cuenta no sólo el espíritu de las normas especiales, sino otros aspectos como el objeto de la prestación: el servicio de «*data monitoring*».

4. El contrato de (arrendamiento de) servicios, regulador de la relación con el DPD

4.1 Encuadre

El art. 1544 CC, inalterable desde la entrada en vigor de la norma, define el contrato de arrendamiento de servicios o contrato de servicios como aquel por el que «[...] una de las partes se obliga a [...] prestar a la otra un servicio por precio cierto», sin más detalle. El texto, cuya génesis se fragua en una sociedad agraria y rudimentaria, se enfrenta a novedosas relaciones profesionales del mundo actual, derivadas de otros

⁵⁷ *Vid.* las funciones atribuidas por el art. 39.1 RGPD y el art. 36 LOPDGDD, en relación con los considerandos (77) y (97).

⁵⁸ El término *Compliance* hace referencia a cumplimiento normativo. El *Compliance* engloba una serie de procedimientos, documentos y herramientas que tienen como misión el cumplimiento de normas (legales y/o voluntarias) y la prevención o aminoración del impacto ante el incumplimiento de dichas normas.

países del entorno europeo⁵⁹ (v.gr. el *Compliance Officer* o el DPD). El surgimiento de nuevas relaciones profesionales, encuadrables en el concepto de contrato de servicios, y la parca regulación de este, fundamentaría una eventual reforma⁶⁰. Sin embargo, entendemos que la escueta regulación de este tipo de contrato se sustenta en la pretendida concesión de amplias facultades a las partes para su configuración, ya que los intereses de los sujetos pueden ser de lo más variopinto y complejo.

Si se toma como base la definición aportada por la norma decimonónica, puede decirse que el contrato de servicios al que se refiere el art. 37.6 RGPD es aquel por el cual el DPD se obliga a prestar un servicio cualificado (de «*data monitoring*») a favor del responsable o encargado del tratamiento, y por el que esta paga un precio cierto. La prestación o comportamiento deudor, se concreta en el despliegue de una actividad intelectual o material⁶¹, concretándose en las mínimas prestaciones que incluye el contenido del art. 39.1 RGPD.

La doctrina mayoritaria⁶² utiliza como criterio diferenciador con el contrato de obra, la naturaleza del compromiso del deudor. Así, cuando este se compromete a una actividad, independientemente del resultado a obtener, se está ante un contrato de servicios. Las funciones del DPD, que exhibe el art. 39.1 RGPD, se caracterizan por la

⁵⁹ Cada vez más, se pone de relieve la necesidad de adaptar las normas civiles a las nuevas realidades de la compleja sociedad en la que vivimos (*Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., «Ciento treinta años después... un nuevo CC para el siglo XXI», *Diario La Ley*, N° 9478, *Wolters Kluwer* 2019, pp.1-7; O CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier., «El CC hoy y ayer», *Diario La Ley*, N° 9480, *Wolters Kluwer*, 2019, pp.1-4; CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen., «El CC y el sistema de fuentes del derecho 130 años después», *Diario La Ley*, N° 9483, *Wolters Kluwer*, 2019), en el caso que nos ocupa, ¿resulta necesaria una reforma del contrato de servicios para afrontar nuevas realidades profesionales?

⁶⁰ *Vid.* AA.VV., *Propuesta de CC*, Tecnos, Madrid, 2018. Dicha propuesta ha sido elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. (Disponible en http://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf, última vez consultada 16 de septiembre de 2019).

⁶¹ VAQUERO PINTO, María José., «Contratos de servicios», en AA.VV., *Contratos mercantiles. Tomo I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 934.

⁶² *Cfr.* PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil, t. II, Vol. II*, Barcelona, 1956, pp. 383 y ss.; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones, vol. 2. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 4ª ed., Barcelona, 1977, p. 310; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, t. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 10ª ed., Madrid, 1977, p. 453.

nota de actividad, más que de resultado. Del elenco de posibles prestaciones a desarrollar, interviene cierta aleatoriedad.

El profesional no podría comprometerse a la total garantía de que no se produzcan incumplimientos, esencialmente por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad del profesional⁶³. El DPD no podría conseguir o garantizar que se evite todo incumplimiento de la normativa de protección de datos y, como consecuencia, sortear la producción de una negativa eventualidad. Y es que en la relación jurídica intervienen factores que no dependen exclusivamente del profesional, sino de terceros: *v.gr.* empleados, responsable y encargado del tratamiento, clientes, proveedores, etc.

Las prestaciones de: *i)* informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados las obligaciones legales; *ii)* supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos; *iii)* asesorar acerca de la evaluación de impacto relativo a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35; *iv)* cooperar con la autoridad de control; *v)* actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, se consideran prestaciones que se enmarcan en la actividad en sí misma considerada. Es decir, parece que la obtención de un determinado resultado no se aprecia claramente. Esto es así porque en la actividad propia del DPD no sólo interviene su labor, sino que son numerosas las variables y sujetos que deben de colaborar en el proceso de gestión. Por tanto, las obligaciones que desempeña el DPD no vienen a ser obligaciones de resultado sino de medios, debiendo de responder al ejercicio de un deber diligente. La actividad del profesional se circunscribe a la puesta en marcha de sus conocimientos empleando la

⁶³ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco., «Artículo 1544», en AA.VV (Albaladejo, M y Díaz Alabart, S, Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.XX, Vol. 1ª (Artículos 1542-1553 del Código Civil)*, RDP, Edersa, Madrid, 1997, p. 207.

diligencia de la profesión, así como todos los medios a su alcance para conseguir el objetivo de aminorar o evitar el riesgo teniendo en cuenta que este se podrá o no evitar.

Aunque una parte importante de las obligaciones del DPD se caractericen por la nota de actividad, sin embargo, las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden pactar que el profesional se obligue a la obtención de un determinado resultado⁶⁴: *v.gr.* la emisión de informes. Por tanto, el contrato de servicios, conforme a la configuración que dicta el art. 39.1 RGPD, tendrá por objeto el desarrollo de una serie de actividades de carácter intelectual, sin el compromiso de obtención de un resultado concreto; aunque los sujetos o, por la naturaleza de la relación profesional, se incluyan obligaciones de resultado. No obstante, el DPD deberá de poner su pericia, su formación profesional y toda la diligencia posible al servicio de los intereses de su cliente en aras de intentar evitar el riesgo de incumplimiento de la normativa de protección de datos personales.

Los anteriores razonamientos llevan a concluir que el DPD se obliga a prestar servicio cualificado, diligente e independiente, que mínimamente incluya las actividades recogidas en el art. 39.1 RGPD, en favor del responsable y encargado del tratamiento (cliente), por la que este paga un precio — *ex. art.* 1546 del CC.

4.2 Breves notas sobre otros aspectos

A. ¿Dependencia?

La doctrina, a veces, ha cuestionado el criterio de dependencia como elemento diferenciador en el contrato de servicios, cuestión debatible cuando la relación es de carácter profesional⁶⁵.

⁶⁴ STS (1ª) 3 noviembre 1993; STS (1ª) 8 octubre 2001.

⁶⁵ LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco., «Artículo 1544», *op.cit.*, p. 208.

La dependencia del prestador liberal, como lo puede ser el DPD, con respecto al cliente, no va más allá del pago de una retribución. En la relación profesional que se estudia, la normativa de protección de datos se ha cuidado de dotar al perfil de independencia⁶⁶ con evitación de cualquier conflicto de intereses, remoción o sanción por parte del responsable o encargado del tratamiento⁶⁷. Así, al DPD no puede imponérsele seguir instrucciones que la otra parte del contrato dicte, por contravenir su imparcialidad.

La norma supranacional sólo establece la necesidad de que el responsable y encargado del tratamiento garanticen que el DPD no recibe instrucción alguna con respecto al desempeño de sus funciones. Sin embargo, esta previsión deberá de quedar reconocida en el instrumento habilitante y configurador de la voluntad de las partes, el contrato de servicios. No obstante, se ha de advertir que la existencia de determinados aspectos que denoten cierta dependencia en la relación, se han de entender dentro de una relación normal entre cliente-profesional, encaminada a que el prestador desarrolle un óptimo trabajo (*v.gr.* la necesidad de información).

Por otro lado, el art. 36.2 LOPDGDD refuerza la limitación de la condición de independiente del DPD a relaciones de estricta dependencia: «[...] cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos [...]»; así, «Se garantizará la

⁶⁶ A pesar de esto, algunos autores como VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen., *Los contratos de servicios*, La Ley, Madrid, 2009, p. 76, entiende que el contrato de servicio tiene como característica propia la independencia entre el prestador y el cliente. Dicha independencia en relaciones profesionales como las que analizamos, no viene a ser tan clara salvo que exista alguna norma especial que vele por dicha cualidad (*v.gr.* el Estatuto de la Abogacía para el caso de los Abogados). Pero partiendo de la simple regulación del CC no sale tan fácilmente a relucir la cualidad de independiente. Sin embargo, hemos de manifestar que no existe profesión alguna que sea totalmente independiente de la otra parte del contrato, pues siempre que exista retribución, habrá una dependencia económica. Cosa distinta es la independencia en el desempeño de sus funciones, que tampoco puede decirse que exista una independencia al cien por cien, puesto que siempre el prestador del servicio va a necesitar unas mínimas instrucciones y colaboración por parte del otro sujeto del contrato.

⁶⁷ Recuérdese art. 38.3 RGPD y 36.2 LOPDGDD.

independencia del delegado de protección de datos dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses». En tal sentido, parece que la norma nacional sólo hace referencia a relaciones genuinamente dependientes como la laboral, quizás, por el hecho sobrentendido del carácter de independiente de toda relación profesional adscrita al contrato de arrendamiento de servicios.

B. Remoción, ¿resolución unilateral?

La escasa regulación del contrato de servicios en el ordenamiento civil facilita que los contratantes configuren con mayor libertad su contenido. El art. 38.3 RGPD y 36.2 LOPDGDD, además del deber de garantizarse la independencia, aboga por la protección del DPD frente a injerencias, ceses o conflictos de intereses con el responsable y encargado del tratamiento. Sin embargo, la doble regulación puede considerarse confusa e insuficiente.

La insuficiencia regulatoria permite una mayor libertad regulatoria a las partes, con consecuentes desventajas. El contrato de servicios, a diferencia del laboral, carece de un régimen mínimo de protección, pues la amplia libertad de las partes puede convertirse en un arma de doble filo. Es decir, el responsable y encargado del tratamiento tendrá más fácil la configuración de una relación jurídico-contractual interesada, que de si un contrato laboral se tratase. De ahí que la remoción o sanción del DPD sometido a un contrato de servicios, que no ostenta marco jurídico protector, sea un camino más sencillo de recorrer que si de una relación laboral se tratase.

El cese por el responsable y/o encargado del tratamiento, en una relación de servicios, se enmarcaría en lo que se denomina como desistimiento contractual unilateral. Este a forma de poner fin a una relación contractual de servicios no se encuentra regulado en nuestro CC, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros modelos contractuales, *v.gr.* en el de obras (art. 1594 CC). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han venido a declarar la posibilidad de resolverse unilateralmente dicho

contrato, con la consecuente obligación indemnizatoria, si se produce un incumplimiento de lo estipulado o así se haya previsto convencionalmente, excluyéndose cualquier opción de cumplimiento forzoso⁶⁸.

En el ámbito que se analiza, el art. 38.3 del RGPD, sin distinción entre relación laboral o contrato de servicios, se niega la destitución del DPD por el correcto desempeño de sus funciones. Esto complica el panorama de la voluntad de las partes, pues se limitaría el poder de resolución unilateral por parte del responsable y encargado del tratamiento por el desempeño de sus funciones. La materialización del desistimiento unilateral por el responsable y encargado en el tratamiento por el ejercicio correcto de las funciones del DPD podría suponer una clara contravención a lo dispuesto en el art. 38.3 RGPD o, por en caso contrario, la limitación de la voluntad de uno de los contratantes.

La remoción interesada del DPD, que se encuentra unido a su cliente por un contrato de servicios, carece de protección contundente. Un responsable/encargado que le interese remover al profesional por algún tipo de beneficio, sólo podría encontrar como perjuicio la indemnización. Así, será el contrato el instrumento por el que las partes establezcan las condiciones concretas de su relación y donde el DPD debe de protegerse de cada una de estas acciones. El contrato, producto de la libertad de las partes, ha de servir de garantía, debiendo las partes regular el cese interesado y cualquier tipo de injerencia por parte del cliente, así como sus consecuencias. Por tanto, el contrato se convertirá en el cauce idóneo para normativizar la independencia, el conflicto de intereses, el cese interesado y sus consecuencias.

A modo de conclusión, la relación entre DPD y el responsable/encargado del tratamiento puede satisfacerse mediante el contrato de arrendamiento de servicios

⁶⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio., «Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral», *Diario La Ley*, N° 7308, 2009, pp. 5-6.

regulado en el art. 1544 CC, pero con provisión de cierto contenido que especialmente proteja al profesional.

IV. CONCLUSIONES

Una vez estudiado algunos preceptos de la normativa de protección de datos, se ha esbozado, con mayor o menor acierto, el concepto, posición y fundamento del DPD, para posteriormente integrarlo con la regulación del arrendamiento de servicios. De este análisis, se llega a las siguientes conclusiones:

I.-El RGPD y la LOPDGDD han configurado *ex novo* la figura profesional del DPD, con la necesidad de que el ordenamiento dé respuestas a las particularidades de esta nueva relación, reflejada en la jurídico-contractual. Del concepto, fundamento y características de este nuevo profesional, se puede destacar que se está ante una figura cuyo cometido esencial radica en la puesta en marcha de determinados medios encaminados a la evitación o erradicación del riesgo de incumplimiento de la normativa de protección de datos. Con este perfil profesional se pretende que sirva de garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, atribuyéndole la normativa una posición de garante.

II.- Del estudio del espíritu de la normativa de protección de datos, concretamente las funciones mínimas atribuibles al DPD, nos ha acercado a la delimitación de concepto que englobe la actividad profesional: el denominado «*data monitoring*». Por tanto, se define «*data monitoring*» como el proceso que ha de poner en funcionamiento el DPD y que engloba las tareas de: informar; asesorar; supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos; y, cooperar y servir de contacto con la autoridad de control.

III.- Una vez esbozado el fundamento de la norma y del profesional que habilita, se han perfilado unas notas acerca de la relación profesional de servicios del DPD. Una

relación profesional, sin precedentes en el ordenamiento jurídico español, debe de encontrar cabida en las normas jurídico-contractuales. El RGPD ha habilitado dos bloques contractuales para regular la relación entre el DPD y el responsable/encargado del tratamiento: *i)* aquella en la que el profesional forma parte de la plantilla del último, ya sea una relación laboral o funcionarial; *ii)* la relación se desarrolle en la órbita de un contrato de servicios.

IV.- La escasa regulación del contrato de arrendamiento de servicios permite a los sujetos contratantes disponer de mayor libertad para reglamentar su voluntad, sin más limitaciones que las contenidas en el art. 1255 CC. Sin embargo, la normativa especial de protección de datos pretende limitar los actos de uno de los contratantes (del responsable y encargado del tratamiento): actos que atenten contra la independencia profesional, el cese o remoción interesado y la sanción. La cuestión estriba en cómo las partes normativizan su voluntad sin contravenir lo dispuesto en la norma. La solución se encuentra en el contrato, pues han de ser los contratantes los que provean las garantías oportunas. Así, ataques a la independencia profesional, conflictos de intereses, resolución contractual unilateral, sanciones podrían circunscribirse a la órbita del incumplimiento contractual, con las correspondientes consecuencias jurídicas.

V.- Abordar este estudio puede permitir profundizar en la relación jurídico-contractual entre el DPD y el responsable/encargado del tratamiento, con la consecuente apertura de nuevas líneas de investigación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

PUIG BRUTAU, José., *Fundamentos de Derecho civil, t. II, Vol. II*, Barcelona, 1956.

ALBALADEJO, Manuel., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones, vol. 2. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 4ª ed., Barcelona, 1977.

CASTÁN TOBEÑAS, José., *Derecho civil español, común y foral, t. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 10ª ed., Madrid, 1977.

COSSÍO, Alfonso., *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid, 1975.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., «Ciento treinta años después... un nuevo CC para el siglo XXI», *Diario La Ley*, Nº 9478, Wolters Kluwer, 2019.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier., «El CC hoy y ayer», *Diario La Ley*, Nº 9480, Wolters Kluwer, 2019.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen., «El CC y el sistema de fuentes del derecho 130 años después», *Diario La Ley*, Nº 9483, Wolters Kluwer, 2019.

CARRASCO PERERA, Ángel., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.

DURÁN RUIZ, Francisco Javier., «La figura del delegado de protección de datos como nueva salida profesional para los graduados en Derecho» en AA.VV., *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios. Una visión desde la investigación y la experiencia docente*, Dykinson, Madrid, 2018.

LACRUZ BERDEJO, José Luis., *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1977.

LLAMAS POMBO, Eugenio., «Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral», *Diario La Ley*, Nº 7308, 2009.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel., «El contrato», en AA.VV., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant Lo Blanch, 2001.

PACHECO GALLARDO, Manuel., «El contrato y sus elementos esenciales», *Diario La Ley*, Nº 8740, Sección Dossier, 13 de abril de 2016.

RECIO GAYO, Miguel, «Directrices del GT29 sobre el delegado de protección de datos: figura clave para la responsabilidad («accountability»)», *Diario La Ley*, Nº 2, Sección Legal Management, 12 de enero de 2017.

RECIO GAYO, Miguel., *El estatuto jurídico del Data Protection Officer*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

VAQUERO PINTO, María José., «Contratos de servicios», en AA.VV., *Contratos mercantiles. Tomo I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen., *Los contratos de servicios*, La Ley, Madrid, 2009