

## BASE JURÍDICA DEL TRATAMIENTO

El responsable del tratamiento, en nuestro caso el abogado, no puede tratar los datos personales de los interesados porque sí, sino que **solamente podrá hacerlo si el fin que justifica ese tratamiento encuentra su acomodo en alguna de las bases jurídicas que lo legitimen.**

De acuerdo con el **considerando 40 del RGPD**, *para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento.*

Por tanto, **la base legitimadora del tratamiento podrá hallarse en las propias disposiciones del RGPD o fuera de él, en otras normas jurídicas del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, sean esas disposiciones reguladoras específicamente de la protección de datos personales, como puede ser la nueva LOPD o no, como puede ser la LSSICE.**

**Es obligación del titular del despacho determinar la base jurídica que ampara cada supuesto de tratamiento de datos que se da en su despacho y, en cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva, dejar constancia documental de ello. Cabe no olvidar que las cesiones de datos son en sí un tratamiento, por lo éstas también deben encontrar su acomodo en alguna de las bases de legitimación.**

Veamos cuáles son las bases de legitimación más habituales en el despacho del abogado.

### RGPD

Debemos centrar nuestra atención principalmente en los artículos 6 y 9. El artículo 6 recoge seis causas de legitimación del tratamiento, mientras que el artículo 9 añade una serie de condiciones para entender lícito el tratamiento de los datos pertenecientes a categorías especiales.

## Artículo 6

**Las bases jurídicas del tratamiento se establecen en el artículo 6. Ninguna es prioritaria sobre las demás, todas son igual de importantes.** El orden de exposición en la norma (que es el seguido aquí) no indica prelación.

**Las bases jurídicas pueden ser cualquiera o varias de las siguientes:**

- a) Cuando se cuenta con **consentimiento** del interesado para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.
- b) Cuando el tratamiento es necesario para la **ejecución de un contrato** en el que el interesado es parte o para la aplicación de **medidas precontractuales** a petición del interesado.
- c) Cuando el tratamiento es necesario para el **cumplimiento de obligaciones legales** por parte del responsable del tratamiento
- d) Cuando el tratamiento es necesario para la **salv guarda de intereses vitales** del interesado o de tercera persona física.
- e) Cuando el tratamiento es necesario el tratamiento es necesario para el **cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos** conferidos al responsable del tratamiento.
- f) Cuando el tratamiento es necesario para la **satisfacción de intereses legítimos** perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

### El consentimiento

*El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos.*

## Definición

De acuerdo con el considerando 32 del RGPD

*El consentimiento debe darse mediante un **acto afirmativo claro** que refleje una **manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca** del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, **el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento.***

Lo anterior se traslada al articulado de la norma a través de la **definición de consentimiento** contenida en el **artículo 4**:

*Toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea **mediante una declaración o una clara acción afirmativa**, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*

Dicha definición, de forma innecesaria, se repite tal cual en el artículo 6.1 de la nueva LOPD.

## Atributos del consentimiento

Los atributos del consentimiento (libre, específico, informado e inequívoco) son los mismos que se predicaban en la normativa previa, por lo que podemos acudir a la definición de esas características realizadas por la **AEPD** en su **[informe jurídico 2000-9902](#)**:

- a) Libre, lo que supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil.*
- b) Específico, es decir referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento, tal y como impone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999. (Esta remisión debería hoy entenderse hecha al principio de limitación de la finalidad, artículo 5.1.b) del RGPD).*
- c) Informado, es decir que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Precisamente por ello el artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que*

en el mismo se contienen. (Hoy el contenido informativo se establece en los artículos 13 y 14 del RGPD, de los que hablaremos más adelante).

d) *Inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.* Aquí hay un cambio de calado, ya que la normativa actual no cabe la omisión y que debe existir una declaración o una clara acción afirmativa para entender que concurre el consentimiento, como explico acto seguido.

#### Declaración o acción afirmativa. Consentimiento tácito.

La **exigencia de una declaración o acción afirmativa** supone la desaparición del consentimiento tácito en el marco del tratamiento de los datos personales: *el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento.* Deviene imposible, por tanto, recabar hoy en día el consentimiento del interesado a través de un mecanismo como describía el artículo 14 del RDLOPD.

**¿y qué sucede entonces con los tratamientos basados en consentimientos tácitos recabados con anterioridad al 25 de mayo de 2018?** Que **dejan de ser válidos** por no ser conformes a los requerimientos del RGPD. Así, su considerando 171 establece que

*Cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento.*

Por tanto, dado que el nuevo RGPD no admite el consentimiento tácito, sino que el mismo debe derivar de una declaración o acción afirmativa, los tratamientos basados en aquel no podrán seguir realizándose si no se obtiene un nuevo consentimiento conforme a las exigencias del RGPD o bien puede justificarse la aplicabilidad de otra de las causas de legitimación.

#### La carga de la prueba de la prestación del consentimiento

Debe el abogado, como responsable del tratamiento, ser consciente de que la norma **le atribuye la carga de la prueba de ese consentimiento**, tanto en el **considerando 42** del **RGPD** como, con idéntica redacción, en su **artículo 7.1**: *Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel*

*ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento, y ello con independencia del canal por el que se haya recogido el consentimiento —escrito, electrónico o verbal—, por lo que el responsable deberá diseñar sus procesos de recogida del mismo de forma que le permitan obtener un medio de prueba del mismo y su conservación: documento escrito, casillas a marcar, grabación de voz...*

¿Cuál será nuestro mecanismo estrella como abogados para acreditar la recogida de ese consentimiento? **LA HOJA DE ENCARGO PROFESIONAL**, a la que incorporaremos, de ser necesaria, la petición de consentimiento.

#### Claridad.

Ese consentimiento debe solicitarse **claramente**, de forma **inteligible** y claramente **accesible**, conforme expone el apartado segundo del **artículo 7** del **RGPD**:

*Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.*

El artículo reproducido solo hace referencia al contexto de una declaración escrita, lo que debe complementarse con lo previsto en el considerando 32 para solicitudes de consentimiento por **medios electrónicos**, estableciendo que esa solicitud *ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta*. Curiosamente no dice nada la norma sobre las peticiones que se pueden formular por otro canal cada día más utilizado, el telefónico, pero entendemos que las mismas exigencias expuestas le resultan de aplicación.

#### Consentimiento para múltiples finalidades.

Conforme establece el **considerando 32**, el consentimiento, además, debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. **Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos**. Al respecto, la **AEPD** en su **9ª sesión anual abierta** estableció los siguientes criterios:

- Sería posible agruparlas en virtud de su vinculación (por ejemplo, consentimiento para la recepción de publicidad propia o de terceros).

- Pero deberían desagregarse cuando los tratamientos impliquen conductas distintas (por ejemplo tratamiento por quien recaba los datos y cesión a terceros)

### Libre

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la denegación del consentimiento para un determinado tratamiento no necesario para la prestación de un servicio o ejecución del contrato no puede conllevar la imposibilidad de recibir ese servicio o llevar a término el contrato, conforme establece el apartado 4 del artículo 7 RGPD, dado que lo contrario afectaría a la libertad del interesado a la hora de prestar su consentimiento. De acuerdo con lo expuesto en el considerando 42 del RGPD, *el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.*

Precisamente, por esa falta de libertad, el consentimiento no puede ser, en la mayoría de los casos, la base de legitimación del tratamiento en el contexto laboral, habida cuenta de situación de desequilibrio que rige la relación entre empresario y trabajador. Así, en su documento **WP 249, Dictamen 2/2017** sobre el tratamiento de datos en el trabajo, el **GT29** afirma:

*Es importante señalar que, habida cuenta de la dependencia que resulta de la relación empresario/trabajador, este último rara vez está en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente. Salvo en situaciones excepcionales, los empresarios tendrán que basarse en otro fundamento jurídico distinto del consentimiento.*

### Revocabilidad.

Una vez prestado el consentimiento conviene tener presente que el mismo siempre será **revocable de forma fácil** (tanto como facilitarlo, dice el artículo 7.3 RGPD) y que, de hecho, **debe informarse de este extremo al interesado cuando se recabe**. Eso sí, esa revocación **no tendrá efectos retroactivos**.

### Consentimiento y menores

Los niños (el RGPD no habla de menores, como si hace la LOPD, por ejemplo, sino de niños) son un **colectivo vulnerable**, que merece, conforme expone el considerando 38 de la norma europea, *una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos cons-*

*cientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño.*

Atendiendo a lo anterior, el **RGPD** dedica su **artículo 8** a recoger las condiciones aplicables al consentimiento del niño, pero no en toda situación, sino en relación con los servicios de la sociedad de la información.

Así, se considerará lícito el tratamiento de datos basado en el consentimiento en relación con la oferta directa a niños de esos servicios cuando el menor tenga como mínimo 16 años cumplidos. Si es menor de esa edad, el consentimiento deberá ser prestado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el menor, y restringido exclusivamente a lo autorizado o consentido, exigiéndose del responsable un esfuerzo razonable para, teniendo en cuenta la tecnología disponible, verificar que en estos casos el consentimiento realmente se ha prestado por dichas personas.

Curiosamente, en el siguiente apartado del precepto, el Reglamento permite a los Estados miembros establecer una edad inferior, siempre y cuando no esté por debajo de los trece años. Y digo curiosamente porque si se llega al convencimiento de que 16 es la edad en la que el menor tiene madurez suficiente para prestar ese consentimiento no se entiende (o al menos yo no lo entiendo) por qué se ofrece esa posibilidad de rebajar esa edad.

### **¿Qué ha hecho el legislador español?**

Ha fijado en el artículo 7 de la nueva LOPD la edad mínima para que el menor pueda consentir por sí solo el tratamiento de sus datos en 14 años cumplidos, que es la misma edad que recoge el artículo 13 del RDLOPD. Debe decirse que el Proyecto de Ley que presentó el Gobierno se fijaba esa edad en los 13 años, siendo en el trámite parlamentario cuando se toma la decisión de mantener los 14 años que venían rigiendo en derecho español.

La norma española va más allá en este aspecto que la europea, por cuanto el límite de edad no está limitado al consentimiento relacionado con servicios on line, sino que **afecta a todo tratamiento para el que se requiera el consentimiento del menor**, si bien debe tenerse en cuen-

ta que el **apartado 1 del artículo 7 LOPD** dispone un **límite** a la prestación del consentimiento por sí mismo del menor: si la ley exige la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento deberá contarse con dicha asistencia, lo que responde a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 del RGPD: *El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño.*

No obstante todo lo expuesto, **debe decirse que el consentimiento del interesado no será base legitimadora principal de los tratamientos que se realicen en el despacho de un abogado, por encontrar los mismos acomodo en otras causas de habilitación.** El consentimiento será, por tanto, una base residual, para aquellos tratamientos que no logremos subsumir en otras causas.

### **Ejecución de un contrato o establecimiento de medidas precontractuales**

La segunda causa de legitimación del tratamiento de datos personales, **y que será una de las principales en el despacho de un abogado**, es la recogida en la letra b) del apartado primero del artículo 6 del RGPD:

*El tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.*

**La relación abogado – cliente tiene naturaleza de arrendamiento de servicios y, por lo tanto, es una relación contractual.** Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 23 de mayo de 2006, nº 482/2006:

*La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1544 del Código Civil.*

**Igualmente, la misma base de legitimación tendrá el tratamiento de datos de los proveedores con los que se establezca una relación contractual y, en general, de los datos de los trabajadores del despacho.**

Aquí tendrían cabida también, en mi opinión, muchas de las **comunicaciones o cesiones de datos que se realizan a terceros** (personas físicas o jurídicas) en el desarrollo de la prestación de servicios contratada, como podrían ser las que realizamos a

- A la Administración de Justicia.
- A la Administración pública.
- A Notarías
- A Registros.
- A entidades bancarias
- Comunicaciones con abogados que defienden los intereses de las contrapartes.
- Procuradores

También tendrá cabida aquí, como medida precontractual, la petición de **presupuesto** que nos puede formular una persona interesada en contratar nuestros servicios, por entender que esa petición es una medida precontractual a petición del interesado. En este sentido, **Dictamen 06/2014 WP2174 del GT29:**

*Por ejemplo, si un individuo solicita a un minorista que le envíe una oferta de un producto, el tratamiento con estos fines, como el mantenimiento de los datos de la dirección y de la información sobre la que se ha hecho la solicitud, durante un periodo limitado de tiempo, será adecuado en virtud de este fundamento jurídico. De igual modo, **si un individuo solicita un presupuesto** de la empresa de seguros de su automóvil, esta puede procesar los datos necesarios, por ejemplo, el modelo y la antigüedad del vehículo, y otros datos pertinentes y proporcionados, con el fin de preparar el presupuesto.*

**Debemos no olvidar que en el despacho muy probablemente tratemos datos pertenecientes a categorías especiales de datos, datos de naturaleza penal y/o datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, por lo que será necesario contar para su tratamiento con algo más que la propia relación contractual para legitimar el tratamiento de estas categorías de datos,** como veremos al hablar del artículo 9 del RGPD y los artículos 10 y 25 de la nueva LOPD.

## Cumplimiento de obligaciones legales

Esta será otra de las bases de legitimación de tratamientos **habitual** en el despacho de un abogado.

La letra c) del apartado 1 del artículo 6 del RGPD establece como tercera causa de legitimación del tratamiento que éste sea necesario:

*para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.*

El apartado 3 del propio artículo 6 del RGPD establece que la base del tratamiento deberá ser establecida por el Derecho de la Unión Europea o el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, que en el caso del Derecho español tendrá rango de ley, conforme prevé el **artículo 8.1** de la nueva **LOPD**:

*El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal.*

### **¿Ejemplos?**

- Comunicaciones de determinados datos e información de los trabajadores del despacho a la Seguridad Social o a la Agencia Tributaria previstas en la Ley General de la Seguridad Social o en la Ley General Tributaria
- Comunicación de determinados datos de los clientes o proveedores del despacho a la Agencia Tributaria en la declaración informativa anual de operaciones superiores a 3.005,60.-€.
- Tratamientos y comunicaciones que debe realizar el abogado en virtud de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de blanqueo de capitales y prevención del terrorismo.
- Tratamientos y comunicaciones que de realizar el abogado para la atención de los derechos reconocidos a los interesados en el RGPD.

### Salvaguarda de interés vital

La letra d) del apartado 1 del artículo 6 del RGPD establece como cuarta causa de legitimación del tratamiento que éste sea necesario

*para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física*

En el considerando 46 del RGPD se expone que, en principio solamente debe acudir a esta base de legitimación cuando no pueda basarse manifiestamente en otra base jurídica distinta:

*El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano*

Entiendo que no será una base en la que se fundamenten los tratamientos de datos que se realicen por un abogado en el ejercicio de su actividad profesional.

### Cumplimiento misión en interés público o en ejercicio de poderes públicos

La letra e) del apartado 1 del artículo 6 del RGPD establece como quinta causa de legitimación del tratamiento que éste sea necesario

*para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.*

Esta será la base legitimadora por excelencia para los tratamientos de datos que las Administraciones públicas realizan.

El apartado 3 del propio artículo 6 del RGPD establece que la base del tratamiento deberá ser establecida por el Derecho de la Unión Europea o el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, que en el caso del Estado español, conforme establece el artículo 8.2 de la nueva LOPD debe ser una norma con rango de ley.

¿Ejemplo? Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen local, en cuyo artículo 25 establece las competencias propias del Municipio.

### Videovigilancia

El legislador español, dentro de la regulación de determinados tratamientos, ha determinado en la nueva LOPD, concretamente en su preámbulo, que la base de legitimación del tratamiento en la videovigilancia con fin de preservar la seguridad es la existencia de un interés público en los términos previstos establecidos en el artículo 6.1.e) del RGPD, circunstancia ya prevista en el Proyecto de Ley y de la que se hizo eco la **AEPD en su Guía sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades:**

*Por lo tanto, y puesto que la finalidad de la videovigilancia consiste en garantizar la seguridad de personas, bienes e instalaciones, el interés público legitima dicho tratamiento. Asimismo, el considerando 45 del RGPD contempla que si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público, este tratamiento debe tener una base en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.*

### Interés legítimo

La letra f) del apartado 1 del artículo 6 del RGPD establece como sexta causa de legitimación del tratamiento que éste sea necesario

*para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Es importante recalcar que el propio precepto indica que esta base de legitimación no resulta de aplicación a las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. ¿Por qué? Lo explica el considerando 47 de RGPD:

*Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.*

Para que pueda apoyarse el tratamiento en esta base es necesario que el responsable realice una ponderación entre su interés y los intereses y derechos fundamentales de los interesados, de forma que por muy legítimo que sea el interés, si pesan más los intereses y derechos de los interesados no podrá ampararse en él el tratamiento. Al respecto de la prueba de ponderación puede consultarse el documento WP 217 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46 CE.

El propio RGPD en sus considerandos 47, 48 y 49 contiene varios ejemplos de casos en los que concurre el interés legítimo:

- Tratamiento de datos para prevención del fraude
- Tratamiento de datos con fines de mercadotecnia directa
- Transmisión de datos de clientes y empleados en dentro de un grupo empresarial para fines administrativos internos.
- Tratamiento de datos para garantizar la seguridad de la red y de la información.

En relación con la mercadotecnia directa, debe decirse que el interés legítimo no ampara la remisión de comunicaciones comerciales o promocionales por medios electrónicos, ya que las mismas se rigen por ley especial, la Ley 34/2002, de 11 de julio LSSICE, en cuyo artículo 21 se exige consentimiento expreso, salvo en los casos en los que el destinatario sea un cliente del responsable y la publicidad verse sobre productos o servicios del mismo responsable y similares a los que fueron objeto de contratación, tal y como afirma la AEPD en su informe jurídico 0195/2017<sup>3</sup>.

**¿Qué tratamiento realizado en un despacho de abogados podría ampararse en el interés legítimo?** Pues siguiendo el Informe WP217 del GT antes citado, el **demandar a un cliente que no ha pagado nuestros honorarios**:

*En relación con un tratamiento de datos más elaborado, que pueda implicar o no a terceros, como el cobro externo de deudas o demandar a un cliente que ha incumplido el pago por un*

*servicio ante los tribunales, podría argumentarse que dicho tratamiento no tiene lugar ya conforme a la ejecución «normal» del contrato y, por tanto, no entraría en el ámbito del artículo 7, letra b). No obstante, esto no haría que el tratamiento fuera ilegítimo como tal: el responsable del tratamiento de datos tiene un interés legítimo en buscar vías de recurso para garantizar que se respetan sus derechos contractuales. Podrían utilizarse otros fundamentos jurídicos, como el artículo 7, letra f), sujetos a las garantías y medidas adecuadas y al cumplimiento de la prueba de sopesamiento.*

## **Artículo 9**

Será muy habitual que en el despacho de un abogado se traten datos pertenecientes a categorías especiales:

- Procedimiento laboral con un trabajador representante sindical.
- Reclamación contra una comunidad de propietarios que no quiere realizar obras de adaptación en elementos comunes solicitadas por un copropietario con una discapacidad.
- Reclamación de lesiones producidas en un accidente de tráfico.
- Procedimiento de separación de matrimonio con hijo que tiene determinado problema de salud.
- Procedimiento contra la Seguridad por no reconocer una incapacidad permanente.

La casuística sería ilimitada, ¿verdad?

**La naturaleza de los servicios del abogado sigue siendo la de un arrendamiento de servicios, pero el RGPD exige algo más para poder tratar datos pertenecientes a categorías especiales de datos: la concurrencia de alguna de las condiciones previstas en el apartado 2 de su artículo 9.**

De estas condiciones la que nos interesa como abogados en la recogida en la **letra f)** de este apartado segundo, que permite el tratamiento cuando sea necesario para **la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial.**

¿A qué “reclamaciones” se refiere el precepto? Nos lo determina el **considerando 52** del propio RGPD, relativo a categorías especiales de datos:

*Debe autorizarse asimismo a título excepcional el tratamiento de dichos datos personales cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, ya sea por un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo o extrajudicial*

Por tanto, el **abogado está legitimado para tratar estos cuando el tratamiento tenga única y exclusivamente como finalidad la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, tanto en un procedimiento judicial, administrativo o extrajudicial, lo que cubrirá la mayor parte de los tratamientos que el despacho pueda realizar de estos datos especiales.**

**Fuera de esas finalidades**, si el abogado quiere tratar datos pertenecientes a esas categorías de datos especiales, **deberá estudiar las demás condiciones de legitimación del artículo 9.2 RGPD** para justificar su tratamiento, como puede ser, por ejemplo, en el ámbito del tratamiento de los datos de los trabajadores, la contenida en la letra b):

*El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.*

## Nueva LOPD

### Artículo 10

Del artículo 10, dedicado al tratamiento de los **datos de naturaleza penal**, nos interesa su **apartado tercero**, dirigido especialmente a abogados y procuradores, que contiene la legitimación para que puedan tratar estos datos:

*... los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo serán posibles cuando sean llevados*

*a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.*

de la nueva LOPD nos interesa

## Artículo 27

Idéntica habilitación se recoge en el apartado tercero de este precepto para el tratamiento por el abogado y procurador de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas:

*Fuera de los supuestos señalados en los apartados anteriores, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones.*

## Artículo 22

El artículo 22 se dedica a la videovigilancia, y en su apartado primero se establece que

*Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.*

En relación con este tratamiento con fines de seguridad, el preámbulo de la nueva LOPD establece que se realiza al amparo de la existencia de un interés público, el de preservar la seguridad, como ya se ha expuesto al hablar de las causas de legitimación del artículo 6 del RGPD.

## Normativa no “eleopediana”

Como hemos dicho al inicio de la exposición sobre las bases de legitimación de los tratamientos, éstas pueden establecerse en normas que no pertenecientes al mundo de la protección de datos, pero que sí pueden prever determinados tratamientos, sirviendo como razón habilitante de los mismos.

Dentro de los tratamientos habituales de un despacho de abogados, me parece un muy buen ejemplo la realización de **comunicaciones comerciales electrónicas a los clientes del despacho**, que no se regula por la normativa de protección de datos, sino por la LSSICE. En este sentido la **AEPD** en su **informe jurídico 2018-0164**:

*... en la materia que nos ocupa resulta de aplicación el principio de especialidad, de forma que las causas legitimadoras para el tratamiento de los datos a las que se refiere el artículo 6 del Reglamento general de protección de datos, norma que regula con carácter general el tratamiento de datos de carácter personal, han de ceder ante la regla especial contenida, para estos concretos tratamientos en la Ley 34/2002, toda vez que en caso contrario esta última norma quedaría vaciada de contenido.*

Así, el **artículo 21** de esa norma establece como norma general que no pueden remitirse comunicaciones comerciales electrónicas a quien no lo hubiere autorizado o solicitado, pero como excepción sí permite el envío sin necesidad de consentimiento cuando el destinatario sea un cliente, en este caso del despacho, siempre y cuando

- En el momento de la contratación se haya indicado esa intención.
- Los productos y/o servicios publicitados sean de la propia empresa.
- Se haya ofrecido al cliente en el momento de recogida de los datos la posibilidad de oponerse a la recepción de esas comunicaciones.

Además, en cada comunicación debe ofrecerse la posibilidad de manifestar por medio de un mecanismo sencillo y gratuito, que no se desean seguir recibiendo esas comunicaciones, que deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección (**artículo 22 LSSICE**)

Otro ejemplo sería establecer un **sistema de videovigilancia como medida de control laboral**, lo que encontraría su amparo, otras consideraciones aparte, en el **artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores** (y en el artículo 89 de la nueva LOPD).

## CUADRO RESUMEN

Ofrezco al lector, un cuadro resumen de las que, desde mi punto de vista, serían las bases de legitimación de las principales actividades de tratamiento en un despacho de abogado, tomando como tales las que se enumeraban al hablar del registro de actividades

Tratamiento	Base de legitimación
Gestión de expedientes	Ejecución de un contrato, art. 6.1.b) RGPD. Si datos categorías especiales, art. 9.2.f ) RGPD. Si datos naturaleza penal, art. 10.3 nueva LOPD. Si datos de infracciones y sanciones administrativas, art. 27.3 nueva LOPD.  En cuanto a las cesiones, serían necesarias para ejecución del contrato o cumplimiento de obligaciones legales.
Presupuestos	Adopción de medidas precontractuales a petición del interesado, art. 6.1.b RGPD
Facturación y contabilidad	Ejecución contrato, art. 6.1.b) RGPD. Cumplimiento de obligaciones legales, art.6.1.c) RGPD.
Atención de derechos reconocidos en el RGPD	Cumplimiento de obligaciones legales, art. 6.1.c) RGPD, derivadas en este caso de RGPD y nueva LOPD
Gestión de brechas de seguridad	Cumplimiento de obligaciones legales, art. 6.1.c) RGPD, derivadas en este caso de RGPD y nueva LOPD.
Comunicaciones comerciales electrónicas a clientes	Art. 21 de la LSSICE
RRHH	Ejecución de un contrato, art. 6.1.b) RGPD.

	Si datos de categorías especiales, art. 9.2.b) y h) RGPD.
Contacto (formulario web)	Establecimiento medida precontractual, art. 6.1.b) RGPD. Interés legítimo, art. 6.1.f) RGPD
Videovigilancia con fines de seguridad personas, bienes e instalaciones.	Art. 22 nueva LOPD Preámbulo nueva LOPD misión realizada en interés público
Videovigilancia con fines de control laboral	Art. 20.3 ET Art. 89 nueva LOPD.

### LA NUEVA REGULACIÓN, UN CAMBIO POSITIVO

La nueva regulación del RGPD y la nueva LOPD establece un régimen más lógico a la hora de la legitimación para tratar los datos de sus clientes en relación con la regulación de la misma cuestión bajo el régimen de la LOPD de 1999, que era bastante absurdo, como expondré ahora.

Como regla general, tal y como establecía el apartado primero del artículo 6 de la LOPD de 1999, *el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá del consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley no disponga otra cosa.*

El apartado segundo del mismo precepto citado y el artículo 10 RDLOPD nos decía que no sería necesario contar con ese consentimiento cuando los datos de carácter personal *se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación comercial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.*

Hasta ahí, como con el nuevo régimen, dirán ustedes, pero el tema se complicaba si entre los datos que se recababan y trataban se encontraba alguno calificable como especialmente protegido, los del artículo 7.

De acuerdo con este precepto, aunque se le facilitaran al abogado con ocasión de la celebración del arrendamiento de servicios ello no legitimaba su tratamiento, sino que

-a) Para recabar o tratar datos relativos a ideología, religión, creencias o afiliación sindical (art. 7.1) el abogado necesitaba recabar de su cliente consentimiento expreso y escrito.

-b) Para recabar o tratar datos relativos a origen racial, salud o vida sexual (art. 7.2) bien el afectado consentía expresamente o bien la recogida, tratamiento o cesión venía dispuesto en una Ley por razones de interés general.

Un abogado en su día, con buen criterio y algo de sentido común, se paró a pensar y dijo: “hombre, ya sé lo que dice el artículo 7, pero si es el propio cliente quien me proporciona esa información y la relación jurídica que se establece con aquel es la misma que si no necesitara esos datos, arrendamiento de servicios... ¿no podría entenderse en estos casos suficiente con aplicar el 6.2.a) LOPD y 10.2.b) RDLOPD?

A esa pregunta respondió la **AEPD** ya en el año 2008, vía su [informe jurídico 453/2008](#). En concreto, el abogado planteó esa cuestión para el tratamiento de datos de ideología y origen racial o étnico, es decir: una de las categorías de datos incluidas en el apartado 1º del artículo 7 y otra incluida en su apartado 2º.

En relación con el dato revelador de ideología y, por extensión en buena lógica, resto de categorías del 7.1 la Agencia afirmó lo siguiente:

*La Ley habilita el tratamiento sin previo consentimiento de los datos relacionados con la ideología política de los afectados únicamente en caso de que el mismo sea directamente efectuado por el Partido Político en cuestión, lo que en la interpretación más extensiva podría incluir a sus órganos de gobierno y representación. Sin embargo, dicha habilitación no comprendería en ningún caso a los tratamientos que pudieran efectuarse en otros supuestos.*

*Así, es claro que en el supuesto planteado no podría operar la excepción a la que se refiere el artículo 7.2, toda vez que el mismo, en su inciso final establece tajantemente que en todo caso “el tratamiento de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado” que, como se indica en la Ley habrá de ser “expreso y por escrito”, dada la especial naturaleza de los datos a los que se está haciendo referencia.*

*Por este motivo, el tratamiento de los datos a que se refiere la consulta no tendría cobertura en las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999, dado que dicho tratamiento, al encontrarse some-*

*tido al régimen especial previsto para los datos de ideología por el artículo 7.2 debería contar con el consentimiento previo, expreso y por escrito del afectado.*

En cuanto al dato de origen racial y resto de categorías del artículo 7.3, la Agencia entiende que puede dar cobertura a su tratamiento el artículo 24 de la Constitución Española, que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en una de sus manifestaciones, el derecho a la defensa procesal:

*Respecto de los datos de origen racial del artículo 7.3 sí se contempla que puedan ser tratados, cuando por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente, por lo que la cobertura legal a dicho tratamiento se encontraría también en el artículo 24 de la CE que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en una de sus manifestaciones, como es el derecho a la defensa procesal y a la asistencia jurídica gratuita en su artículo 119.*

Un poco absurdo, ¿no les parece? Pero es lo que había hasta que ha entrado en vigor la nueva normativa.

Lo triste es que si vía la LOPD de 1999 se hubiera realizado correctamente la trasposición al derecho español de la **Directiva 95/46/CE** entiendo yo que la Agencia Española de Protección de Datos no habría emitido el informe comentado, porque la Directiva en su **artículo 8**, referido al tratamiento de categorías especiales de datos (datos especialmente protegidos en la LOPD 1999), si bien en su apartado primero se establece que

*los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.*

En el **apartado segundo** de forma tajante establecía que esa prohibición **NO SE APLICARÍA CUANDO**

1. *e) el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos O SEA NECESARIO PARA EL RECONOCIMIENTO, EJERCICIO O DEFENSA DE UN DERECHO EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL* que, por cierto, es un ámbito menor que lo

dispuesto en el art. 9.2.f) del RGPD, que se refiere también a procedimientos administrativos y extrajudiciales.

Pero ya saben ustedes que la LOPD no incluyó en su articulado esa causa legitimadora del tratamiento de datos especialmente protegidos cuando se traspuso la Directiva ¿Y por qué? Pues vayan ustedes a saber... a lo mejor por eso tan español de ser más papistas que el Papa. Quizás, si nuestros legisladores se hubieran dignado a incluir en la LOPD, que desarrolla un derecho fundamental que afecta profunda y transversalmente a toda actividad, pública y privada, una modesta exposición de motivos... pues a lo mejor lo habríamos entendido. Pero como no tenía, ya nunca lo sabremos...