

TEMAS

El interés legítimo en el tratamiento de datos personales

Elena Gil González

■ LA LEY



El interés legítimo en el tratamiento de datos personales

Elena Gil González

© Elena Gil González, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo 2022

Depósito Legal: M-6754-2022

ISBN versión impresa: 978-84-19032-26-3

ISBN versión electrónica: 978-84-19032-27-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

10.4. Las primeras grandes sanciones a la Banca

Un tiempo después de la Consulta, la AEPD impuso las primeras grandes sanciones a la Banca bajo la aplicación del RGPD y la actual LOPDgdd de 2018.

En primer lugar, BBVA fue sancionado con 5 millones de euros en 2020, seguido por CaixaBank, con 6 millones de euros en 2021. En ambos casos concurren infracciones relacionadas con la aplicación del interés legítimo.

La sanción a BBVA⁽²⁶⁶⁾ se basa en un incumplimiento del deber de información a los interesados, que desencadena, como efecto en cascada, la ilicitud de los tratamientos basados en dicha información incompleta. Principalmente, actividades de perfilado de los clientes para la «personalización de ofertas y productos», sobre la base del interés legítimo, y un posterior uso secundario para otras finalidades, sobre la base del consentimiento.

Bien, en términos resumidos⁽²⁶⁷⁾, la AEPD observó falta de claridad en la forma de presentar la información, que aludía a términos vagos como «*conocer mejor y mejorar tu experiencia*». Este tipo de expresiones no permiten que la persona obtenga información completa sobre cómo se tratarán sus datos, máxime cuando el tratamiento implica un volumen masivo de datos, complejidad, combinación de diversas fuentes de datos para perfilar a los clientes. Asimismo, la AEPD aprecia omisiones en la información, concretamente vincular qué tipo de datos se destinarán a cada una de las finalidades. Por último, la AEPD aprecia que, respecto a la actividad de personalización de ofertas y tratamiento para la mejora de servicios, la información es confusa hasta el punto de que no queda claro cuál es la base de licitud —interés legítimo o consentimiento—.

Como consecuencia, los tratamientos basados en información incompleta devienen ilícitos. A pesar de ello, la AEPD no pierde la oportunidad de pronunciarse sobre diversas cuestiones. En primer lugar, resalta la obligación de diferenciar la «finalidad» del tratamiento y el «interés» legítimo perseguido. Es decir, no basta con indicar que existe un interés legítimo asociado al tratamiento, sino que hay que concretarlo y mencionarlo. Por último, la

(266) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Procedimiento Sancionador n.º: PS/00070/2019.

(267) Para un análisis más detallado de las sanciones recientes impuestas por la AEPD en materia de interés legítimo, ver: GARCÍA HERRERO, Jorge y GIL GONZÁLEZ, Elena (2021): «Sanciones derivadas del uso de interés legítimo como base legitimadora», en Laura Davara y Elena Davara (coord.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos divididas por conceptos y sectores*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid.

AEPD ataca el modo en que el banco había presupuesto la existencia de una expectativa razonable de los clientes.

Tan solo un mes después de esta sanción a BBVA,⁽²⁶⁸⁾ la AEPD imponía su sanción a CaixaBank por motivos en gran parte similares.

11. LA LEY ORGÁNICA 3/2018 DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Recapitemos algunas de las ideas principales expuestas hasta este momento. Hasta ahora hemos analizado la aproximación al interés legítimo como base jurídica para el tratamiento de datos personales en las normas españolas previas a la actual, y por tanto ya derogadas. También hemos analizado la respuesta a la consulta de la banca, que siendo previa a la norma española actual, se analiza ya bajo los parámetros del RGPD y tiene especial interés al referirse a la base de legitimación en relación con diversos tratamientos de datos masivos.

En este epígrafe analizaremos cómo ha quedado regulado el interés legítimo como base del tratamiento en la norma actual de protección de datos española, que viene a adaptar a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en el RGPD, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁽²⁶⁹⁾ (LOPDgdd). El proceso legislativo y el contenido final de la norma en este extremo tienen ciertas particularidades de interés.

Se trata de un hecho innegable que en los últimos años hemos atestiguado un incremento de las críticas al consentimiento, en los términos analizados en el capítulo anterior. La principal consecuencia de ello fue el reforzamiento de los requisitos para su validez que trajo el RGPD.

Esto ha desencadenado, de manera subsecuente, la consecuencia de que muchos tratamientos antes basados en el consentimiento ahora no encuentren amparo en esta base, de modo que los responsables del tratamiento se han visto en la posición de abrirse a la posibilidad de utilizar otras bases de legitimación más apropiadas. En el sector privado, las principales alternativas al consentimiento son la necesidad para la ejecución de un contrato o pre-

(268) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2021): Procedimiento Sancionador Nº: PS/00477/2019.

(269) Sobre la incorporación de un catálogo de derechos digitales en la LOPDgdd ver RALLO LOMBARTE, Artemi (2020): «Una nueva generación de derechos digitales», en *Revista de estudios políticos*, No. 187

contrato y el interés legítimo del responsable. En concreto, y por lo que aquí interesa, cabe destacar, por tanto, la creciente atención en el interés legítimo.

11.1. Anteproyecto de Ley Orgánica

En una muestra de apertura hacia la figura del interés legítimo, el anteproyecto de LOPDgdd⁽²⁷⁰⁾ incluía, en su art. 9 la posibilidad de que una ley futura pudiera habilitar tratamientos de datos personales basados en interés legítimo. Es decir, el anteproyecto se abría a la posibilidad de que una norma futura con rango de ley dictara, con carácter general, la presunción de prevalencia de un determinado interés del responsable o un tercero, y que, en dichos casos, la ley pudiera establecer la obligación del responsable de adoptar garantías adicionales. Asimismo, reconocía la posibilidad de que el interés legítimo pudiera ser la base de licitud del tratamiento aun en aquellos otros casos no habilitados por una norma legal.

En relación con esta previsión, la AEPD manifestó, en su informe sobre el anteproyecto de LOPDgdd, que con este precepto se pretendía dar solución a diversos casos asiduos en los que no existe una obligación legal de tratamiento de los datos, ni se pueden entender realizados en misión de interés público. En dichos casos, clarifica la AEPD, los responsables estarían exentos de realizar la ponderación de intereses. En realidad, el precepto parecía permitir que el responsable estuviera también eximido de llevar a cabo las demás fases de la evaluación de interés legítimo —identificación del interés, argumentación de la legitimidad, análisis de los intereses, derechos y libertades fundamentales de los interesados—, pues ello ya estaría implícito en la habilitación legal. El objetivo de ello sería aportar seguridad jurídica.

11.2. Toque de atención del Consejo de Estado

No obstante, el Consejo de Estado se opuso a este extremo⁽²⁷¹⁾ y abogó por eliminar esta referencia contenida en el art. 9, con base en diversos motivos. El primero, por considerar que el anteproyecto sobrepasaba el margen de actuación que el RGPD concede a los Estados miembros, que no incluye la posibilidad de que un Estado miembro pueda desarrollar o concretar el contenido del art. 6.1.f) RGPD (que sí se permite expresamente para otras

(270) Para mayor detalle sobre el proceso de tramitación parlamentaria de esta Ley Orgánica ver TRONCOSO REIGADA, Antonio (2019): «La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales», en *Derecom*, No. 26.

(271) Consejo de Estado, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, número de expediente 57/2017, de 26 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-757>.

bases jurídicas), ni de imponer por vía normativa exigencias adicionales que modifiquen el alcance de esta base de licitud.

El segundo motivo, por considerar que el hecho de permitir que el legislador lleve a cabo la ponderación de intereses y establezca su resultado con carácter definitivo, sin permitir tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, viciaría el rigor del art. 6.1.f) RGPD. A este hecho se añadiría, además, la facultad que confería el anteproyecto para incluir nuevas obligaciones y garantías. De hecho, el Consejo de Estado recuerda que el TJUE se ha pronunciado en más de una ocasión en este sentido, precisamente una de ellas en relación con la norma española anterior, la LOPD (los ya más que mencionados asuntos acumulados ASNEF y FECEMD). Asimismo, el Consejo de Estado alegaba que el margen de apreciación de los Estados miembros bajo un Reglamento es más estrecho que bajo una Directiva y la postura española provocaría fragmentación del marco normativo europeo, siendo que la armonización y la libre circulación de datos son la finalidad última del RGPD.

Por todo ello, el informe concluye que «aunque sea en aras a una siempre deseable mayor seguridad jurídica, por tanto, ha de concluirse el legislador español no puede sustituir con supuestos legalmente tasados la flexibilidad que el legislador comunitario ha querido en apariencia atribuir a la aplicación del artículo 6.1.f) del Reglamento general».

Recuperando las palabras de Rallo, el legislador nacional, en su función de adaptación del RGPD al ordenamiento nacional debe limitarse a adoptar las previsiones a las que obligue el RGPD con vocación de uniformidad en todo el territorio comunitario.⁽²⁷²⁾ Pues bien, en nuestra opinión, la postura del Consejo de Estado fue acertada por cuanto la regulación del interés legítimo en el borrador normativo trascendía la mera adaptación del RGPD.

Sin embargo, el Consejo de Estado se hizo consciente de la necesidad de dar solución a los casos que pretendía facilitar la propuesta del anteproyecto, sugiriendo una solución alternativa, que fue la finalmente adoptada en la Ley Orgánica. Se trata de introducir, a través de normas con rango de ley, la posibilidad de que en determinados casos puntuales se pueda establecer una presunción *iuris tantum* favorable a la prevalencia del interés legítimo del responsable del tratamiento cuando se cumplan determinados requisitos o condiciones.

(272) RALLO LOMBARTE, Artemi (2029): «El nuevo derecho a la protección de datos», en *Revista española de derecho constitucional*, No. 116.



Estudio en profundidad en torno a la controvertida figura del interés legítimo que, paralelamente, se aborda en relación con el uso de tecnologías *big data* y datos personales, proponiendo una estructura de proyectos *big data* en tres fases, cada una de las cuales despliega consecuencias jurídicas diferentes. En segundo término, se realiza un análisis crítico de la figura del consentimiento que tradicionalmente ha venido siendo el instrumento principal para que las personas puedan ejercer un control efectivo sobre sus datos. Sin embargo, el consentimiento presenta claras limitaciones en entornos digitales complejos en los que concurren resultados algorítmicos impredecibles que no permiten comprender las consecuencias de lo que se consiente.

El grueso de la obra se centra en el análisis de la figura del interés legítimo. Se trata de una figura ya existente pero impopular y apenas utilizada. Ello se debe, en parte, a su ambigüedad. El interés legítimo también se analiza en relación con los principales derechos, de oposición, información, acceso, portabilidad y la toma de decisiones automatizadas. Se identifican limitaciones para las que se proponen soluciones y se ofrece una guía de buenas prácticas. Con todo, se concluye que constituye una base jurídica sólida para tratamientos masivos de datos.

ISBN: 978-84-19032-26-3



3652K61311



ER-0280/2005



GA-3305/01100