



## **A SENSU CONTRARIO**

### **RESPOSTAS XURÍDICAS**

#### **Consideraciones jurídicas sobre la protección de datos en Grupos de WhatsApp**

Lo primero es tener presente la relación entre estos tres conceptos básicos:

- La función pública del grupo.
- La existencia de un tratamiento de datos en la utilización de la APP.
- La naturaleza expresa del consentimiento.

#### **La función Pública del Grupo.**

Para empezar, simplemente recordar una vez más que las funciones y potestades ejercidas por los Órganos de Gobierno de los Colegios y del Consejo, vienen determinadas tanto por lo dispuesto en la Ley de Colegios Profesionales como por sus marcos Estatutarios, por tanto las mismas -las funciones- son de naturaleza Pública. Esto es, para que nos entendamos, no ha lugar a dudar sobre la legalidad de la incorporación de una persona determinada a un grupo de *whatsapp* de amigas o amigos, sino que la misma -la incorporación- viene dada por decisiones gubernativas como respuesta a necesidades de carácter organizativo etc .

Por ello previamente al abordaje del consentimiento debemos responder la siguiente duda: ¿Quién es la **responsable** del tratamiento realizado en la creación e incorporación de una persona en un grupo de *whatsapp* creado *ad hoc* para el Colegio?

La respuesta es clara, la/el responsable<sup>1</sup> del tratamiento será la/el presidenta/e del Colegio y sobre esta/e recaerán las posibles responsabilidades sancionadoras o penales<sup>2</sup> que del incumplimiento de la Ley se pudieran derivar. Todo ello con independencia de quién crease física y materialmente el grupo.

### **La existencia de un tratamiento de datos en la utilización de la APP.**

Respecto a la existencia de un tratamiento de datos y sus implicaciones legales, este tema es mas delicado por su complejidad casuística y falta de conciencia de su ilicitud por inercia tácita (todo el mundo lo hace). Así **de FACTO** mediante los grupos de *whatssap* se están realizando (con escaso control) más transferencias de datos e información que incluso las que se producen en las redes convencionales (intranet, redes sociales, correo electrónico, etc.) y por lo general suponen un tratamiento de datos de forma “abierta e impúdica”, sin que por lo general se produzcan auto regulaciones en las restricciones de transferencia

---

1 Artículo 24 RGPD. Responsabilidad del responsable del tratamiento 1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

2 Artículo 82 Derecho a indemnización y responsabilidad 1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. 2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable. 3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

de datos de carácter personal, tanto propios como de terceros (fotos, documentos personales etc).

Por lo que, el uso del *whatsapp* por parte de una Corporación de Derecho Público deberá ser acorde con sus potestades, esto es: razonable, ponderada, proporcional y minimizable. Debiendo en todo caso impedir la transferencia “sin control o criterio” de datos (foto, video, audio, pdf’s, etc-) sobre los que no exista un consentimiento expreso de la persona o grupos de personas cuyos datos se están tratando (en la conversación).

Ya que, de funcionar con cierta laxitud, de no implementar protocolos, puede producirse fácilmente la lesión de dos bienes jurídicos protegidos muy importantes; por una parte los derechos de usuarias y consumidoras mediante el ejercicio de acciones [ARCO](#) ante la responsable (Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición, Olvido etc) y por otra no menos grave la vulneración del deber de secreto y protección de la confidencialidad, así como la posible lesión del derecho al honor del Art 18 CE con graves repercusiones jurídicas y económicas .

Recordemos para entenderlo mejor, lo que dice la AEPD, al respecto de la minimización de datos:

El artículo 5.1.a) del RGPD nos dice que “Los datos personales serán) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»); y en su apartado c) nos concreta: serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»).

Por tanto, si se carece de base legítima para el tratamiento de datos, se incurre en un tratamiento de datos ilícito.

Nos parece necesario invocar el principio de responsabilidad proactiva (*accountability*). Este principio se define como **la necesidad (obligatoriedad) de que el responsable del tratamiento de datos aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder**

**demostrar que el tratamiento de datos personales es conforme con el Reglamento.** Es decir, no basta con cumplir con la normativa de protección de datos, también **hay que poder demostrar que se está cumpliendo con ella.** Por tanto no sólo se pueden, sino que **se deben** aplicar medidas que garanticen el cumplimiento de la Ley y la garantía del ejercicio de los derechos ARCO, así como salvaguardar con celo la protección del honor de terceros y la confidencialidad de los asuntos y competencias propias del Consejo.

A efectos meramente ilustrativos del concepto tratamiento ilícito de datos, os remito una reciente multa de 5000 € impuesta por la AEPD, por el envío de unos “*simples*” DNIs sin el consentimiento de los titulares por parte de una Academia

### **El consentimiento expreso.**

El cambio de paradigma del RGPD incluye la obtención del consentimiento expreso de la persona cuyos datos se van a tratar por el mero hecho de darla de alta en el grupo. Ya que el “alta” supone **de IURE** un tratamiento de datos de carácter personal a la vez que una puerta abierta a la esfera de la intimidad.

Por tanto **ninguna duda jurídica existe respecto a la necesidad de obtención del consentimiento expreso para esta función (alta en el grupo de whatsapp),** sin que sea asimilable **ni el consentimiento tácito,** ni que el mismo se obtenga por extensión del consentimiento dimanante de contratos de confidencialidad ya suscritos o por la condición de miembro del equipo de Gobierno<sup>3</sup>. **El consentimiento se debe recabar**

---

3 Artículo 7 RGPD. Condiciones para el consentimiento 1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. 2. 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. 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el

**individualmente, por escrito y con anterioridad a la incorporación de la persona a la APP que trata sus datos.**

Por último, este debe ser notificado a la Secretaría General del Colegio para dejar testimonio documental del mismo y permitir el ejercicio de los derechos ARCO .

Este asunto a tenido mucha controversia y ha generado no pocos procedimientos sancionadores por parte de la AEPD; la cual ha emitido abundantes resoluciones aclarando la naturaleza de tratamiento de datos de estas y otras redes, el abuso y descontrol reinantes y establecido con claridad y firmeza la necesidad de la obtención del consentimiento.

Así:

“(…) (Resolución procedimiento sancionador) La vigente Ley Orgánica atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros. Este precepto incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales. En el caso que nos ocupa, Don A.A.A. ha actuado como responsable del tratamiento, al ser “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”

Téngase en cuenta que dicha persona decidió utilizar una aplicación de mensajería instantánea para crear, un grupo de Whatsapp que requería del tratamiento de los datos de carácter personal de los intervinientes que incluyó en el mismo, posibilitando que éstos pudieran acceder a través de dicha aplicación a la información de carácter personal referida a los usuarios que lo formaban. Por lo que el denunciado creó desde una línea de teléfono de la que era usuario un fichero automatizado y realizó un tratamiento de datos de carácter personal concerniente

---

consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo. 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.

a las personas físicas que incluyó en dicho grupo, entre las que figuraba la denunciante. De acuerdo con las definiciones expuestas, la creación del reseñado grupo de Whatsapp ha supuesto un tratamiento de los datos personales de los miembros incluidos en el citado grupo que cae bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica y el RGPD, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, por lo que debe concluirse la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal. En lo que respecta a la infracción del principio del consentimiento expreso establecido en la Ley Orgánica vigente y en el Reglamento General de Protección de Datos.

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento EXPRESO del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal, ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos. Se trata pues de una lesión a una garantía fundamental”

### **Modelo para recabar el consentimiento expreso.**

La redacción del modelo es fundamental pero algo sencillo, pues se trata básicamente de un documento en el que deberían constar los datos de la persona que se ingresará en el grupo (únicamente: cargo, nombre y apellidos, NIF y TLF). Adicionalmente y con miras a justificar la legitimación de su creación, se deberá identificar el nombre del grupo de *whatsapp*, número de teléfono asociado al/a administrador/a y descripción de las funciones organizativas previstas para ese grupo.

Tras el encabezamiento deberá constar a continuación una frase o redactado similar a este :

*“La persona abajo firmante, consiente libre y expresamente ser incluida en el grupo denominado “ORGANIZACIÓN EVENTO (ejemplo)” y por lo tanto está de acuerdo con el tratamiento de datos personales que la inscripción supone.*

*Además quiere hacer constar expresamente su aceptación voluntaria a no vulnerar de ninguna forma el compromiso de confidencialidad respecto a los asuntos tratados en el grupo (evitando reenvíos, pantallazos o cualquier forma de replicación o fuga de datos), comprometiéndose a no enviar NUNCA al citado grupo, datos (por cualesquiera medios: imágenes, sonido, texto, etc.) que pueda implicar datos personales de terceros cuyo consentimiento no ha sido recabado expresa y fidedignamente"*

*Fdo: Fran del Buey – abogado colegiado 1982 ICA Ourense<sup>4</sup>*

---

<sup>4</sup>Fran del Buey, Licenciado en derecho, es mestrado en DDFF, Experto Universitario en Práctica Forense y Derecho Sanitario, Doctorando en "Problemas sociales, abordaje e intervención" (Facultad Sociología).