

C/M/S'

Law.Tax

Referencias Jurídicas

Octubre 2020

Referencias Jurídicas CMS

Octubre 2020

Posts jurídicos

Corporate / M&A

El Juzgado de lo Mercantil da de nuevo la razón a Vivendi en el caso Mediaset4
José Luis Rodríguez

Procesal y Arbitraje

Med-Arb, Arb-Med y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales6
Marta Lalaguna

Competencia y UE

La CNMC ofrece pautas para analizar la existencia de un posible abuso de posición de dominio por negativa de suministro en un mercado de doble cara.....8
Aida Oviedo y Carlos Vérguez

Tributario

La DGT considera residentes fiscales en España a los extranjeros que hayan permanecido en territorio español más de 183 días en 2020 como consecuencia del estado de alarma10
Ricardo Héctor

TMC / Protección de Datos

Prestación de servicios jurídicos: ¿es el despacho de abogados responsable o encargado del tratamiento?12
Miguel Recio



El Juzgado de lo Mercantil da de nuevo la razón a Vivendi en el caso Mediaset

José Luis Rodríguez
Corporate / M&A | Post jurídico

En el marco de uno de los procedimientos más mediáticos en los últimos años, el caso Mediaset, que enfrenta a Fininvest y a Vivendi, el Juzgado de lo Mercantil ha dictado un nuevo e interesante auto con fecha 28 de julio de este año. En él se deniega la solicitud de Mediaset España de que se levantasen las medidas cautelares que se impusieron en relación con la suspensión de la fusión. De igual manera se responde positivamente a los argumentos de Vivendi, sobre una nueva solicitud de medidas cautelares de respecto de los acuerdos de fusión adoptados en una nueva junta.

El Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Madrid dictó, con fecha 28 de julio de 2020, un nuevo auto en el que, en primer lugar, se resolvió sobre la solicitud de Mediaset de alzamiento de las medidas cautelares acordadas en el Auto del mismo juzgado de 10 de octubre de 2019 (y ratificadas por el Auto de la AP Madrid de 14 de febrero 2020) en relación con la suspensión de la fusión de la sociedad por una sociedad holandesa (MFE) y, en segundo lugar, sobre una nueva solicitud de medidas cautelares presentada por Vivendi respecto de los nuevos acuerdos adoptados en la junta de 5 de febrero de 2020 –los denominados “acuerdos de regularización”– que pretendían subsanar los defectos en que los que se basaron las medidas cautelares originarias. De igual manera, el Juzgado resolvió sobre la

solicitud de Mediaset reclamando que tuviera en cuenta las resoluciones judiciales de los tribunales de Milán y de Ámsterdam, que se habían pronunciado ya sobre la licitud de la operación de fusión por absorción de Mediaset España por una sociedad holandesa (MFE).

El Juzgado comienza argumentando que la alegación por Vivendi de la abusividad del acuerdo de fusión integraba tres elementos separados e independientes: por un lado, la estructura de las acciones de lealtad; por otro lado, la redacción de los Estatutos Sociales de la sociedad absorbente, MFE, con las llamadas cláusulas “anti-Vivendi”; y, por último, el sistema de gobierno corporativo creado en MFE.

El Juzgado argumenta que la modificación de estatutos aprobada en la nueva junta y los acuerdos de regularización, que suprimían las cláusulas anti-Vivendi eran “claramente insuficientes” y no solventarían la abusividad alegada por Vivendi en relación con los acuerdos de la primera junta. Esos acuerdos de regularización no solucionaban suficientemente los problemas globales derivados del sistema de gobierno corporativo creado y, sobre todo, no atendían al problema suscitado por las acciones de lealtad. En cuanto a éstas el Juzgado aduce que el esquema de acciones de lealtad diseñado era *prima facie* abusivo, y que las cláusulas estatutarias “anti-Vivendi” suponían un agravante de dicha abusividad. El Juzgado concluye que, por mucho que se suprimieran las cláusulas “anti-Vivendi”, el planteamiento de las acciones de lealtad y el efecto que generaba el sistema de gobierno de MFE sobre el poder político de los socios de Mediaset España resultaba “claramente abusivo”.



El Juzgado analiza preventivamente los argumentos aducidos por Vivendi respecto del incumplimiento de los requisitos referidos a la fusión, dándole la razón en todos ellos.

Por otro lado, el Juzgado valora el argumento esgrimido por Mediaset en relación con la decisión de los tribunales de Milán y Ámsterdam, que denegaron la suspensión de la fusión. En respuesta a esto, el Juzgado concluye de modo contundente que lo que los tribunales españoles valoran es la abusividad del acuerdo de fusión de una sociedad española, sujeto a derecho español, y no la legalidad de la fusión de una sociedad italiana (Mediaset Italia) o los estatutos de MFE, que están sujetas al derecho italiano y holandés y corresponde juzgar a los juzgados de dichos países.

A continuación, el Juzgado resuelve sobre una de las cuestiones más interesantes: la eventual vulneración del derecho de libertad de establecimiento de la Unión Europea, que según Mediaset se producía al impedirse la fusión por absorción por la sociedad holandesa. El Tribunal establece que la decisión de la fusión y el consiguiente "cambio de domicilio" a Holanda es jurídicamente inobjetable. Pero todo acuerdo, incluido uno de fusión, está sujeto a límites como son los que prohíben el abuso de los accionistas minoritarios. En palabras del Juzgado de lo Mercantil "un abuso de derecho enmarcado en un montaje puramente artificial" limitaría la libertad de establecimiento, si el Derecho europeo se utilizase de forma abusiva o fraudulenta para conseguir un resultado prohibido. Por ello la libertad de establecimiento no serviría para convalidar la fusión, como pretende Mediaset, si comporta una decisión que es en sí misma abusiva.

En segundo lugar, el Juzgado entra a valorar la solicitud de medidas cautelares de Vivendi, quien interpuso una demanda de impugnación de acuerdos sociales contra los acuerdos de regularización adoptados por Mediaset, solicitando la anotación preventiva de la demanda en el Regis-

tro Mercantil y su publicación en el BORME. El Juzgado analiza preventivamente los argumentos aducidos por Vivendi respecto del incumplimiento de los requisitos referidos a la fusión, dándole la razón en todos ellos. En particular, entiende que, tal y como argumenta Vivendi, existen indicios para pensar que se vulneró el principio de sujeción al proyecto de fusión, al haber sido éste modificado. Ello justificaba la necesidad de reconocer, de nuevo, el derecho de oposición de los acreedores, el derecho de separación de los accionistas, y la pérdida de vigencia del proyecto originario de fusión y del balance de fusión.

Aunque el Juzgado finalmente deniega la solicitud de medidas cautelares de Vivendi por faltar uno de los requisitos (el peligro en la demora), da la razón, aunque con carácter indiciario, a Vivendi en todos los argumentos aducidos por esta, lo que permitía vislumbrar una resolución favorable a Vivendi en la segunda demanda.

Med-Arb, Arb-Med y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales

Marta Lalaguna
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

La crisis provocada por el COVID-19 ha tenido como consecuencia el impulso de los ADR. Tanto la mediación como el arbitraje tienen sus propias limitaciones y, autónomamente considerados, no son métodos ideales. En este escenario, cabe plantearse la posibilidad de implementar medios de resolución de conflictos híbridos, que combinen arbitraje y mediación, y que han sido, hasta el momento, escasamente puestos en práctica en España, como son el Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb. Para ello es preciso, conocerlos, analizar sus características y posibles limitaciones y valorar su aplicación en cada caso en concreto. A continuación, se describen algunos de ellos, sus ventajas e inconvenientes y variantes.

Med-Arb: concepto, ventajas e inconvenientes y variantes

El Med-Arb combina en su fórmula pura la mediación y el arbitraje, de manera sucesiva, al confluir en la misma persona las funciones de mediador y luego de árbitro, que se puede denominar "Med-árbitro". Su mayor fortaleza reside en las sinergias generadas por la combinación de mediación y arbitraje, que corrigen las limitaciones de cada método individualmente considerado.

No obstante, algunos de los inconvenientes del Med-Arb podrían ser: (i) el riesgo de que Med-árbitro carezca de la imparcialidad exigida a un árbitro y que esto se utilice como motivo para obtener la anulación del arbitraje; (ii) el riesgo de incumplimiento de la de la confidencialidad; (iii) el riesgo de que las partes se muestren reticentes a revelar toda la información o se sientan intimidados ante un mediador que podrá convertirse en árbitro; y, (iv) la dificultad de compatibilizar las diferencias que en materia procesal existen entre el arbitraje y la mediación. Para paliar los límites de Med-Arb existen determinadas variables, entre las que cabe citar: (i) Med-Arb con diferente tercero; (ii) Med-arb plenario; (iii) Mediación con arbitraje de oferta final (medaloo); Med-Arb con opción de retirada; Mediación con posibilidad de opción; y Co-Med-Arb.

Arb-Med: concepto, ventajas e inconvenientes y variante Arb-Med-Arb

El Arb-Med viene a ser el reverso del Med-Arb. En este método se celebra el arbitraje y si las partes llegan a un acuerdo voluntario el árbitro nunca revelará el laudo arbitral; sin embargo, si las partes son incapaces de alcanzar un acuerdo de mediación, revelará el laudo que tendrá carácter vinculante. Dentro de la categoría de Arb-Med, cabe destacar la modalidad Arb-Med-Arb que ha sido desarrollada de forma institucional y coordinada por las respectivas cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur¹. El mecanismo es el siguiente: una de las partes presenta una solicitud de arbitraje y, una vez constituido el tribunal, se suspende el arbitraje y se remite el asunto a mediación. En esta modalidad, el árbitro (o tribunal) y el mediador (o mediadores) son personas diferentes y se establece un límite temporal a la mediación para evitar dilaciones.



Para que estos métodos híbridos puedan utilizarse de forma segura, sería recomendable dotarlos de seguridad jurídica a través de una regulación *ad hoc* y de la emisión de los protocolos y recomendaciones correspondientes de las instituciones de mediación y arbitraje.

Regulación de los métodos híbridos en España

En España, los ADR están regulados de forma individualizada por sus propias leyes, pero no existe una regulación relativa a los medios híbridos que combinan ambos métodos. En principio, la Ley de Arbitraje prohíbe el Med-Arb y el Arb-Med-Arb, al establecer en el artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje 11/2011 salvo pacto en contrario. Por el momento, la implementación de los métodos híbridos de Med-Arb y Arb-Med en España se produce a través de cláusulas escalonadas², cuya redacción deberá ser muy cuidada. Puede ser útil acudir a cláusulas modelo redactadas y recomendadas por una institución arbitral o de mediación.

Conclusión

La combinación de las instituciones de mediación y arbitraje puede ser adecuada en para determinados casos, no solo desde el punto de vista de la propia discusión jurídica, sino también, desde el ámbito empresarial y el mantenimiento de las relaciones comerciales.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta las posibles limitaciones de estos métodos que, en la mayoría de los casos, pueden solventarse, con base en la autonomía de las partes y con una redacción adecuada de la cláusula, con especial atención a aspectos esenciales que garanticen la imparcialidad y confidencialidad y que minimicen cualquier inseguridad jurídica del procedimiento. El procedimiento de Arb-Med-Arb que implica la coordinación institucional del arbitraje y la mediación llevadas a cabo, con un límite temporal de la mediación y con la separación de funciones entre árbitro y mediador, es un método de resolución de controversia interesante, que debería ser explorado en España. Para que estos métodos híbridos puedan utilizarse de forma segura, sería recomendable dotarlos de seguridad jurídica a través de una regulación *ad hoc* y de la emisión de los protocolos y recomendaciones correspondientes de las instituciones de mediación y arbitraje que, además, actúen de forma coordinada (como en Arb-Med-Arb). Asimismo, su aplicación exige una extrema cautela y conocimiento por las partes, y especialmente por sus abogados, a la hora de acordarlos e implementarlos.

-
1. El 5 de noviembre de 2014, el Centro de mediación internacional de Singapur ("The Singapore International Mediation Centre", SIMC) y Centro de Arbitraje Internacional de Singapur ("Singapore International Arbitration Centre", SIAC) establecieron el protocolo AMA. Según el Protocolo AMA, Arb-Med-Arb permite a las partes iniciar un proceso de arbitraje ante el SIAC, y posteriormente, acceder a un proceso de mediación ante el SIMC. Aunque SIAC y SIMS son los únicos organismos arbitrales que ofrecen un Protocolo AMA específico, eso no significa que los procedimientos Arb-Med-Arb no sean posibles bajo otras reglas institucionales. Otras instituciones han seguido este método Arb-Med-Arb sobre la base de una cláusula de arbitraje extendida en el contrato. Así, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Austria (VIAC) también tiene publicada una cláusula modelo.
 2. Numerosa doctrina realiza esta identificación de los métodos híbridos con las cláusulas escalonadas, sin embargo, hay autores que no están de acuerdo con la misma. Por ejemplo, COBO ORDOÑEZ, Ana Isabel en "Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb a la luz de la legislación ecuatoriana", USFQ Law Review, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018 indica mientras que en las cláusulas escalonadas las partes pactan diferentes procedimientos autónomos con la intervención de un tercero independiente, en las cláusulas que contemplan métodos de Med-Arb y variantes, existiría únicamente un solo procedimiento con diferentes etapas en el que, por lo general, interviene un mismo tercero (salvo las variantes en la que se acuerda que el árbitro y el mediador sean personas distintas).

La CNMC ofrece pautas para analizar la existencia de un posible abuso de posición de dominio por negativa de suministro en un mercado de doble cara

Aida Oviedo y Carlos Vérguez
Competencia y UE | Post jurídico

La CNMC archiva una denuncia de varias floristerías contra la plataforma de venta Interflora por un posible abuso de posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de gestión y entrega a distancia de flores y plantas ornamentales en España (asunto *S/0009/19 FLEUROP/INTERFLORA*).

Las denunciantes manifestaban que Interflora, plataforma intermediaria entre floristerías y consumidores, tiene posición de dominio en dicho mercado y habría incurrido en un supuesto abuso al resolver unilateralmente los contratos de colaboración con cada una de las floristerías denunciadas, sin aportar justificación para ello, lo que consideran una negativa de suministro.

El artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”) prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional. Para que se produzca una infracción de dicho artículo, se requiere, primero, que el operador económico tenga posición de dominio (se presume cuando la cuota es de más del 50%) y, segundo, y de forma cumulativa, que abuse de esa posición de dominio.

En particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo cuatro presupuestos para que una práctica esté prohibida por el artículo 2 LDC:

- La existencia de una posición de dominio que permita a una empresa poder actuar al margen de sus competidores, clientes y consumidores, de acuerdo

con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, en el asunto *Hoffmann-La Roche/Comisión*.

- Una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el artículo 2 de la LDC, lo cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor.
- Falta de justificación de dicha conducta.
- El efecto de impedir o dificultar el acceso al mercado, o a un segmento del mercado, de un competidor.

En cuanto al primer presupuesto, la CNMC considera que, si bien Interflora podía tener posición de dominio en el año en que se produjeron los hechos (con una cuota del 60%), cuando la expulsión de los denunciantes desplegó sus efectos –y en los años posteriores– varias competidoras de Interflora habrían ganado volumen de negocio y ampliado considerablemente el número de floristerías asociadas (por ejemplo, FloraQueen). Además, el mercado de gestión y entrega a distancia de flores y plantas ornamentales no presenta barreras de entrada significativas. Por ello, la CNMC considera dudoso que Interflora siga teniendo posición de dominio en ese mercado.

Asimismo, si bien sí se había producido una conducta abusiva sin justificación aparente (presupuestos 2 y 3), la CNMC entiende que no se aprecia en la conducta de Interflora ni el objetivo ni el efecto de impedir el acceso al mercado a un competidor (presupuesto 4).

De una parte, la resolución unilateral de los contratos se enmarca en una disputa judicial entre las floristerías de-



"(...) no se aprecian indicios de que la conducta de Interflora pueda considerarse abusiva, incluso si se acreditara que mantiene su posición de dominio tradicional en el mercado."

nunciantes y algunas de las floristerías accionistas de Interflora, sin que la pretensión de las partes en dicho litigio sea la expulsión del contrario del mercado de las flores a domicilio. De otra, Interflora no exige exclusividad a las floristerías adheridas a su red, por lo que éstas pueden asociarse a plataformas competidoras (permitiendo el llamado *multihoming*).

Manifiesta el Consejo:

"En los mercados de doble cara como el analizado, las distintas plataformas compiten para incorporar floristerías a sus respectivas redes, ofreciendo comisiones más atractivas, o no cobrando cuotas iniciales o anuales, u ofreciendo productos adicionales a precios de mayorista, o áreas de trabajo exclusivas, entre otras. Así, la lógica comercial de una plataforma online es crecer en volumen de floristerías para que los clientes finales tengan mayor variedad de elección, así como crecer en clientes finales para que las floristerías no roten a plataformas competidoras y permanezcan en la plataforma aprovechando el canal de venta que les ofrece.

Tomando en consideración la importancia relativa de las órdenes de Interflora en el conjunto del volumen de negocio de los denunciados (en torno al 20%), la concurrencia de plataformas alternativas, a las que las denunciados ya pertenecen en algunos casos (como Flora-Queen) y el dinamismo del proceso competitivo en el mercado relevante, debe concluirse que, en el presente caso, no se aprecian indicios de que la conducta de Interflora pueda considerarse abusiva, incluso si se acreditara que mantiene su posición de dominio tradicional en el mercado."

Con base en lo anterior, la CNMC concluye que la resolución de los contratos de colaboración con Interflora de las floristerías denunciadas se manifiesta como una actuación más en el marco de la disputa societaria entre accionistas existentes en su seno, sin incidencia en la estructura competitiva del mercado y cuya legitimidad puede y debe dirimirse ante la jurisdicción civil, pero debe archivar en sede de la CNMC.

La DGT considera residentes fiscales en España a los extranjeros que hayan permanecido en territorio español más de 183 días en 2020 como consecuencia del estado de alarma

Ricardo Héctor
Tributario | Post jurídico

La Dirección General de Tributos española ("DGT") ha aplicado un criterio tributario diferente al recomendado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ("OCDE") respecto del cómputo de los días permanecidos por un individuo en España, como consecuencia de la crisis del COVID-19, a efectos de su consideración como residente fiscal en dicho territorio. Los días pasados en España, como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el COVID-19, deben ser tenidos en cuenta para determinar la residencia fiscal de un individuo.

Según la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("IRPF"), a efectos fiscales, las personas físicas tendrán la consideración de residentes fiscales en España en un año natural si, entre otras circunstancias, pasan al menos 183 días en el territorio español dentro de dicho año natural.

A efectos de dicho impuesto el cómputo de los días se realizará en cada periodo impositivo, que, salvo en casos excepcionales, coincide con el año natural.

En fecha 3 de abril, la OCDE recomendó, en una directriz denominada "*Análisis de los Tratados Fiscales y el impacto de la crisis del COVID-19*", que los periodos pasados en

un país debido a situaciones de fuerza mayor, como el estado de alarma declarado en España en el marco de la crisis del COVID-19, no se tengan en cuenta para determinar la residencia fiscal de las personas físicas. Aunque se trata de una mera recomendación, el criterio ha sido adoptado por países como el Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Dinamarca o Australia. Bajo este escenario, la DGT española evacuó, el pasado 17 de junio, una contestación vinculante a una consulta tributaria (V1983-20) en la que se expone un criterio diferente al recomendado por la OCDE.

En particular, la DGT establece que los días pasados en España por un matrimonio libanés que fue confinado en territorio español como consecuencia de la situación de estado de alarma declarada por el Gobierno español en el marco la crisis del COVID-19, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la residencia fiscal de los miembros de dicho matrimonio durante el año 2020.

De acuerdo con esta contestación, las personas que pasen más de 183 días en España en el ejercicio fiscal 2020 (aunque dicha estancia derive directamente de las circunstancias de la crisis del COVID-19) podrían ser consideradas como residentes fiscales españoles en dicho ejercicio y, en consecuencia, entre otras obligaciones, estarían gravadas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el Impuesto sobre el Patrimonio en España por sus rentas y bienes, respectivamente, a nivel mundial.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el criterio seguido por la DGT parece asumir, al menos indirectamente, que la familia libanesa decidió voluntariamente pasar en España parte de los 183 días mencionados. En particular, la DGT señala que el matrimonio podía haber vuelto



En consecuencia, entre otras obligaciones, estarían gravadas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por el Impuesto sobre el Patrimonio en España por sus rentas y bienes, respectivamente, a nivel mundial.

al Líbano antes de que transcurrieran dichos 183 días. Bajo ese entendimiento, podría entenderse que si las circunstancias obligasen a un individuo concreto a pasar más de 183 días en España independientemente de su decisión voluntaria (por ejemplo, en aquellos casos en que se produzca la hospitalización por una enfermedad grave), sería razonable que los días pasados en España no fueran tenidos en cuenta a efectos de determinar su residencia fiscal. Sin embargo, como puede observarse, esta no es una cuestión clara y la probabilidad de que dicho argumento sea rechazado por la Administración Tributaria, al menos en primera instancia, es alto.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en su contestación V1983-20, la DGT señala dentro de su argumentario dos hechos: (i) que no existe un Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional ("CDI") firmado entre el Líbano y España; y (ii) que el Líbano es un paraíso fiscal a efectos fiscales españoles. Por lo tanto, aunque la conclusión evacuada por la DGT no fuese diferente en el caso de que el matrimonio fuese también residente en un país que tenga firmado con España un CDI, en ese supuesto podrían invocarse las disposiciones del oportuno CDI a la hora de determinar la residencia fiscal de esos individuos. Estas situaciones se resolverán, normalmente, atendiendo a los criterios del lugar donde dichos individuos tengan su vivienda habitual permanente y, en caso de que posean en ambos países una vivienda habitual, se atenderá al lugar donde se encuentre su centro vital de intereses.

Por último, hay que tener en cuenta que el criterio seguido por la DGT en la contestación V1983-20 podría afectar también: (i) al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones español; y, (ii) a la determinación de la Comunidad

Autónoma en la que un residente fiscal en España reside en el ejercicio fiscal 2020.

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Si desea recibir periódicamente las publicaciones de Referencias Jurídicas CMS, que analizan y comentan la actualidad legal y jurisprudencial de interés, puede suscribirse a través de este formulario.

Prestación de servicios jurídicos: ¿es el despacho de abogados responsable o encargado del tratamiento?

Miguel Recio
TMC | Post jurídico

Si un despacho de abogados es responsable o encargado del tratamiento es una cuestión compleja que requiere un análisis minucioso, caso por caso. Es también una cuestión que se ha planteado ya en el pasado, pero que ahora surge de nuevo como consecuencia de la referencia que a la misma se hace por el Comité Europeo de Protección de Datos ("CEPD") en las Directrices 7/2020 sobre los conceptos de responsable y encargado en el RGPD (traducción de *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*), versión 1.0, adoptada el 2 de septiembre de 2020.

Es necesario tener en cuenta que hace una década el Grupo de Trabajo del artículo 29 publicó el Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de "responsable del tratamiento" y "encargado del tratamiento", WP 169, adoptado el 16 de febrero de 2010. En este Dictamen, el Grupo de Trabajo incluyó el ejemplo del representante procesal (traducción en la versión española del término "barrister" que aparece en la versión original en inglés) y lo hizo para ilustrar que un factor relevante para considerar que se trata de un responsable del tratamiento es el relativo a sus conocimientos especializados, lo que determina que exista independencia

El Grupo de Trabajo del artículo 29 explicaba también en sus Directrices que la "función tradicional y los conoci-

mientos profesionales del proveedor de servicios desempeña un papel predominante, que puede traer consigo su condición de responsable del tratamiento". Aplicado al ejemplo del representante procesal, el Grupo de Trabajo del artículo 29 expresaba que la atención, a efectos del tratamiento de datos personales, debe ponerse en "la representación ante los tribunales, actividad para la cual estas profesiones tradicionalmente cuentan con su propia base jurídica", y no en el mandato del cliente", que además "no está centrado en el tratamiento de datos". Y la conclusión alcanzada por el Grupo de Trabajo era que "estos profesionales deben considerarse «responsables del tratamiento» independientes cuando tratan datos en el marco de la representación legal de sus clientes".

En un sentido similar, en 2014 la *Information Commissioner's Office* (ICO) del Reino Unido concluyó que los abogados pueden ser un buen ejemplo de proveedores de servicios profesionales que no se limitan a ser encargados del tratamiento, ya que determinan qué información obtener y tratar para hacer su trabajo. Es decir, en relación con el tratamiento de los datos el abogado toma decisiones que corresponden al responsable del tratamiento. Esta postura es la que quedó reflejada en el documento titulado *Data controllers and data processors: what the difference is and what the governance implications are*, versión 1.0, publicado el 6 de mayo de 2014.

Por su parte, el CEPD, en las Directrices ya indicadas, incluye el ejemplo relativo a que una empresa encomiende a un despacho de abogados que le represente en un litigio ante los tribunales. Si bien el tratamiento de datos personales deriva de la encomienda o mandato dado, esta no se refiere específicamente al tratamiento de datos personales. Esto implica que el despacho de abogados (a) no tenga



La clave estaría en identificar si el despacho de abogados es quien decide sobre el tratamiento de los datos personales para el desempeño de sus funciones o si sigue las instrucciones del cliente, de manera que no decide sobre el tratamiento de los datos, limitándose a actuar “por cuenta de”.

instrucciones del cliente sobre el tratamiento de datos personales, (b) sí tenga un grado relevante de independencia sobre factores tales como decidir qué información usar y cómo usarla. Por tanto, el tratamiento de datos personales que el despacho de abogados lleva a cabo está vinculado con su rol o papel funcional, de manera que es un responsable del tratamiento.

Salvo en casos muy específicos, la respuesta a la cuestión sobre si un despacho de abogados es responsable o encargado del tratamiento cuando presta servicios jurídicos requiere de una evaluación de los diversos factores sobre el tratamiento de los datos. Y entre estos factores la clave estaría en identificar si el despacho de abogados es quien decide sobre el tratamiento de los datos personales para el desempeño de sus funciones o si sigue las instrucciones del cliente, de manera que no decide sobre el tratamiento de los datos, limitándose a actuar “por cuenta de” (traducción de “on behalf of”).

Casos como presentar una demanda ante los tribunales o una reclamación ante las autoridades competentes según la materia, defender los intereses del cliente interponiendo las acciones que resulten oportunas o emitir un informe jurídico en el que se incluyan datos personales serían situaciones en las que un despacho de abogados actúa como responsable del tratamiento. Por el contrario, una due diligence que requiera acceder al listado de empleados, la información necesaria para obtener un Número de Identificación de Extranjero (NIE) para la(s) persona(s) indicada(s) por el cliente o llevar a cabo una investigación de una denuncia recibida a través del canal de de una empresa, son supuestos en los que el despacho de abogados actúa como encargado del tratamiento.

Ser responsable o encargado del tratamiento tiene importantes consecuencias por lo que se refiere al cumplimiento de la normativa sobre protección de datos, siendo necesario por tanto que un despacho de abogados identifique en qué condición trata datos personales y, a su vez, si recurre a encargados del tratamiento que podrían ser otros abogados o asesores legales ajenos a dicho despacho.

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | [cms.law](https://www.cms.law)



Twitter



LinkedIn



cms.law



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
[cms-lawnow.com](https://www.cms-lawnow.com)

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

[cms.law](https://www.cms.law)