



17/ES

WP259 y rev.01

Grupo de trabajo del artículo 29

Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679

adoptadas el 28 de noviembre de 2017

revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018

EL GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN LO QUE RESPECTA AL

TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995,

Vistos los artículos 29 y 30 de dicha Directiva,

Visto su Reglamento interno,

HA ADOPTADO LAS PRESENTES DIRECTRICES:

Este Grupo de Trabajo se creó de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

De su secretaría se ocupa la Dirección C (Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión) de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, B-1049, Bruselas, Bélgica, despacho MO-59 02/013.

Sitio web: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358&tpa_id=6936

Índice

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | Introducción | 3 |
| 2. | El consentimiento en el artículo 4, apartado 11, del RGPD | 5 |
| 3. | Elementos de un consentimiento válido | 5 |
| 3.1. | Manifestación de voluntad libre | 6 |
| 3.1.1. | Desequilibrio de poder | 6 |
| 3.1.2. | Condicionabilidad | 8 |
| 3.1.3. | Disociación de los fines del tratamiento de los datos | 11 |
| 3.1.4. | Perjuicio | 11 |
| 3.2. | Manifestación de voluntad específica | 12 |
| 3.3. | Manifestación de voluntad informada | 14 |
| 3.3.1. | Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado»..... | 14 |
| 3.3.2. | Cómo facilitar información | 15 |
| 3.4. | Manifestación de voluntad inequívoca | 17 |
| 4. | Obtención del consentimiento explícito | 20 |
| 5. | Condiciones adicionales para obtener un consentimiento válido | 22 |
| 5.1. | Mostrar el consentimiento | 23 |
| 5.2. | Retirada del consentimiento | 24 |
| 6. | Interacción entre el consentimiento y otros fundamentos jurídicos con arreglo al artículo 6 del RGPD. 26 | |
| 7. | Ámbitos concretos de preocupación en el RGPD | 26 |
| 7.1. | Niños (artículo 8) | 26 |
| 7.1.1. | Servicios de la sociedad de la información | 27 |
| 7.1.2. | Ofrecidos directamente a un niño | 28 |
| 7.1.3. | Edad | 28 |
| 7.1.4. | Consentimiento de los niños y responsabilidad parental | 29 |
| 7.2. | Investigación científica | 31 |
| 7.3. | Derechos del interesado | 34 |
| 8. | Consentimiento obtenido en virtud de la Directiva 95/46/CE | 34 |

1. Introducción

Las presentes Directrices proporcionan un análisis exhaustivo de la noción de consentimiento que figura en el Reglamento (UE) 2016/679, el Reglamento general sobre protección de datos (en adelante: RGPD). El concepto de consentimiento tal y como se ha utilizado hasta ahora en la Directiva sobre protección de datos (en adelante: la Directiva 95/46/CE) y en la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, ha evolucionado. El RGPD aclara y especifica en mayor medida los requisitos necesarios para obtener y demostrar un consentimiento válido. Las presentes Directrices se centran en estos cambios, y ofrecen orientación práctica para garantizar el cumplimiento del RGPD basándose en el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento. Es obligación de los responsables del tratamiento de datos encontrar nuevas soluciones que funcionen dentro de los parámetros de la ley y que respalden mejor la protección de los datos personales y los intereses de los titulares de los datos (los interesados).

El consentimiento sigue siendo una de las seis bases jurídicas para el tratamiento de datos personales, tal y como se enumeran en el artículo 6 del RGPD¹. Cuando se inician actividades que conllevan el tratamiento de datos personales, un responsable del tratamiento debe siempre detenerse a considerar cuál va a ser el fundamento jurídico del tratamiento previsto.

En general, el consentimiento solo puede ser una base jurídica adecuada si se ofrece al interesado control y una capacidad real de elección con respecto a si desea aceptar o rechazar las condiciones ofrecidas o rechazarlas sin sufrir perjuicio alguno. Cuando solicita el consentimiento, el responsable del tratamiento tiene la obligación de evaluar si dicho consentimiento cumplirá todos los requisitos para la obtención de un consentimiento válido. Si se obtiene en pleno cumplimiento del RGPD, el consentimiento es una herramienta que otorga a los interesados el control sobre si los datos personales que les conciernen van a ser tratados o no. Si no es así, el control del interesado será meramente ilusorio y el consentimiento no será una base jurídica válida para el tratamiento, lo que convertirá dicha actividad de tratamiento en una actividad ilícita².

Los dictámenes formulados por el Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29) sobre el consentimiento existentes³ seguirán siendo pertinentes cuando sean coherentes con el nuevo marco jurídico, ya que el RGPD codifica la orientación existente del GT29 y las buenas prácticas generales y la mayor parte de los elementos clave del consentimiento siguen siendo los mismos en virtud de dicho Reglamento. Por tanto, en el presente documento, el GT29, en lugar de sustituirlos, amplía y completa los dictámenes previos sobre temas específicos que incluyen referencias al consentimiento en virtud de la Directiva 95/46/CE.

Tal y como se establece en el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento, la invitación

¹ El artículo 9 del RGPD proporciona una lista de posibles exenciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales. Una de las exenciones enumeradas hace referencia a la situación en la que el interesado haya dado su consentimiento explícito para el uso de dichos datos.

² Véase también el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), p. 6, o el Dictamen 06/2014 sobre el concepto del interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, (WP 217), pp. 9, 10, 13 y 14.

³ Muy especialmente, el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187).

para que una persona acepte una operación de tratamiento de datos debe estar sujeta a requisitos estrictos, ya que afecta a los derechos fundamentales del interesado y el responsable del tratamiento desea realizar una operación de tratamiento que sería ilícita sin el consentimiento del interesado⁴. El papel fundamental del consentimiento está señalado en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, la obtención del consentimiento tampoco niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento consagrados en el RGPD, en particular, en el artículo 5 de dicho Reglamento en lo que se refiere a la lealtad, necesidad y proporcionalidad, así como a la calidad de los datos. Aunque el tratamiento de los datos personales se base en el consentimiento del interesado, ello no legitima una recogida de datos que no sean necesarios para un fin concreto de tratamiento, y la misma sería esencialmente injusta⁵.

Mientras tanto, el GT29 tiene en cuenta la revisión de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58/CE). La noción de consentimiento en el proyecto del Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas sigue vinculada a la noción de consentimiento del RGPD⁶. Es probable que las organizaciones necesiten consentimiento, en virtud del instrumento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas para la mayor parte de los mensajes de mercadotecnia en línea o de las llamadas comerciales que realizan y para los métodos de rastreo en línea, inclusive mediante el uso de cookies o aplicaciones o de otro software. El GT29 ya ha facilitado recomendaciones y orientación al legislador europeo relativas a la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁷.

Con respecto a la actual Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, el GT29 señala que las referencias a la Directiva 95/46/CE, derogada, se considerarán referencias al RGPD⁸. Esto también se aplica a las referencias al consentimiento en la actual Directiva 2002/58/CE, ya que el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas no entrará en vigor a partir del 25 de mayo de 2018, como estaba previsto. En virtud del artículo 95 de RGPD, no se impondrán obligaciones adicionales en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación en la medida en que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas impone obligaciones específicas con el mismo objetivo. El GT29 señala que los requisitos relativos al consentimiento en virtud del RGPD no se consideran como una «obligación adicional», sino más bien como condiciones previas para un tratamiento lícito de los datos. Por lo tanto, los requisitos estipulados en el RGPD para obtener un consentimiento válido se aplican a situaciones que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁴ Dictamen 15/2011, página sobre la definición del consentimiento (WP 187), p. 8.

⁵ Véase también el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187) y el artículo 5 del RGPD.

⁶ En virtud del artículo 9 del Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, serán aplicables la definición y las condiciones relativas al consentimiento previstas en el artículo 4, apartado 11, y en el artículo 7, del RGPD.

⁷ Véase el Dictamen 03/2016 sobre la evaluación y revisión de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (WP 240).

⁸ Véase el artículo 94 del RGPD.

2. El consentimiento en el artículo 4, apartado 11, del RGPD

El artículo 4, apartado 11, del RGPD define el consentimiento como: «*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*».

El concepto básico de consentimiento sigue siendo similar al establecido por la Directiva 95/46/CE y es uno de los fundamentos jurídicos en los que debe basarse el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6 del RGPD⁹. Además de la definición modificada que figura en el artículo 4, apartado 11, el RGPD proporciona orientación adicional en el artículo 7 y en los considerandos 32, 33, 42 y 43, sobre cómo debe actuar el responsable del tratamiento con el fin de cumplir con los elementos principales del requisito de consentimiento.

Finalmente, la inclusión de disposiciones y considerandos específicos sobre la retirada del consentimiento confirma que el consentimiento debe ser una decisión reversible y que el interesado sigue manteniendo un cierto grado de control.

3. Elementos de un consentimiento válido

El artículo 4, apartado 11, del RGPD estipula que consentimiento del interesado es 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.

En las secciones que figuran a continuación se analiza en qué medida la redacción del artículo 4, apartado 11, requiere que los responsables del tratamiento modifiquen sus solicitudes o impresos de consentimiento, con el fin de garantizar el cumplimiento del RGPD¹⁰.

⁹ El consentimiento se definió en la Directiva 95/46/CE como «*toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*» que debe ser otorgado «*de forma inequívoca*» con el fin de que el tratamiento de los datos sea legítimo [artículo 7, letra a), de la Directiva 95/46/CE]. Para obtener ejemplos sobre la idoneidad del consentimiento como base jurídica, véase el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento (WP 187). En dicho Dictamen, el GT29 ha facilitado orientación para distinguir los casos en los que el consentimiento constituye una base jurídica apropiada de aquellos en los que es suficiente basarse en el fundamento del interés legítimo (tal vez con la opción de exclusión voluntaria) o se recomendaría una relación contractual. Véase también el dictamen 06/2014 del GT29, apartado III, punto 1.2, p. 14 y siguientes. El consentimiento explícito es también una de las exenciones a la prohibición de realizar el tratamiento de categorías especiales de datos: véase el artículo 9 del RGPD.

¹⁰ Para obtener orientación con respecto a las actividades de tratamiento en curso basadas en el consentimiento tal y como se establece en la Directiva 95/46, véase el capítulo 7 del presente documento y el considerando 171 del RGPD.

3.1. Manifestación de voluntad libre¹¹

El término «libre» implica elección y control reales por parte de los interesados. Como norma general, el RGPD establece que, si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido¹². Si el consentimiento está incluido como una parte no negociable de las condiciones generales se asume que no se ha dado libremente. En consecuencia, no se considerará que el consentimiento se ha prestado libremente si el interesado no puede negar o retirar su consentimiento sin perjuicio¹³. La noción de desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado también se tiene en cuenta en el RGPD.

A la hora de valorar si el consentimiento se ha dado libremente, deben considerarse también las situaciones concretas en las que el consentimiento se supedita a la ejecución de contratos o a la prestación de un servicio tal y como se describe en el artículo 7, apartado 4. El artículo 7, apartado 4, se ha redactado de manera no exhaustiva mediante el uso de la expresión «entre otras cosas», lo que significa que puede haber otras circunstancias que entren en el ámbito de aplicación de esta disposición. En términos generales, el consentimiento quedará invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distintas) que impida que este ejerza su libre voluntad.

[Ejemplo 1]

Una aplicación de móvil para edición de fotografías pide a sus usuarios que tengan activada su localización GPS para el uso de sus servicios. La aplicación indica también a sus usuarios que utilizará los datos recogidos para fines de publicidad comportamental. Ni la geolocalización ni la publicidad comportamental son necesarias para la prestación del servicio de edición de fotografías y van más allá de lo necesario para prestar el servicio básico ofrecido. Dado que los usuarios no pueden utilizar la aplicación sin dar su consentimiento a estos fines, no puede considerarse que el consentimiento se haya dado libremente.

3.1.1. Desequilibrio de poder

El considerando 43¹⁴ indica claramente que no es probable que las **autoridades públicas** puedan basarse en el consentimiento para realizar el tratamiento de datos ya que cuando el responsable del tratamiento es una autoridad pública, siempre hay un claro desequilibrio de poder en la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado. Queda también claro en la mayoría de los casos

¹¹ En varios dictámenes, el GT29 ha estudiado los límites del consentimiento en situaciones en las que este no puede darse libremente. Es el caso, en particular, del Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), el Documento de trabajo sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos (WP 131), el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral (WP 48), y el Segundo dictamen 4/2009 sobre el tratamiento de datos por la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) [Norma internacional para la protección de la intimidad y los datos personales de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA), sobre disposiciones relacionadas del Código AMA y sobre otros aspectos relacionados con la intimidad en el contexto de la lucha contra el dopaje en el deporte por parte de la AMA y de las organizaciones nacionales antidopaje] (WP 162).

¹² Véase el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), p. 12.

¹³ Véanse los considerandos 42 y 43 del RGPD y el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento, adoptado el 13 de julio de 2011 (WP 187), p. 12.

¹⁴ El considerando 43 del RGPD estipula que: «Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. [...]»

que el interesado no dispondrá de alternativas realistas para aceptar el tratamiento (las condiciones de tratamiento) de dicho responsable. El GT29 considera que hay otras bases jurídicas que son, en principio, más adecuadas para el tratamiento de datos por las autoridades públicas¹⁵.

Sin perjuicio de estas consideraciones generales, el uso del consentimiento como una base jurídica para el tratamiento de datos por parte de las autoridades públicas no queda totalmente excluido en virtud del marco jurídico del RGPD. Los siguientes ejemplos muestran que el uso del consentimiento puede ser adecuado en determinadas circunstancias.

[Ejemplo 2] Un municipio está planificando obras de mantenimiento de carreteras. Dado que dichas obras pueden perturbar el tráfico durante un periodo largo de tiempo, el municipio ofrece a sus ciudadanos la oportunidad de suscribirse a una lista de correo electrónico con el fin de recibir información actualizada sobre el avance de las obras y sobre los retrasos previstos. El municipio deja claro que no existe la obligación de participar y pide el consentimiento para utilizar las direcciones de correo electrónico para este (único) fin. Los ciudadanos que no dan su consentimiento no se ven privados de ningún servicio básico del municipio o del ejercicio de ningún derecho, por ello tienen la capacidad de dar o negar libremente el consentimiento a este uso de los datos. La información sobre las obras estará también disponible en el sitio web del municipio.

[Ejemplo 3] Un particular propietario de terrenos necesita determinados permisos tanto del municipio como del gobierno provincial al que pertenece el municipio. Ambos organismos públicos requieren la misma información para expedir sus permisos, pero ninguno de los dos tiene acceso a la base de datos del otro. Por tanto, ambas piden la misma información y el propietario de los terrenos envía sus datos a ambos organismos. El municipio y la autoridad provincial piden su consentimiento para combinar los expedientes con el fin de evitar procedimientos y correspondencia duplicados. Ambos organismos públicos aseguran que se trata de algo opcional y que las solicitudes de permiso se tratarán de manera separada si la persona decide no dar su consentimiento a la combinación de datos. El propietario de los terrenos puede dar libremente su consentimiento a las autoridades para que combinen los expedientes.

[Ejemplo 4] Una escuela pública pide a sus alumnos el consentimiento para utilizar sus fotografías en una revista escolar impresa. El consentimiento en estas situaciones sería una elección real siempre que no se negara a los alumnos la educación u otros servicios y ellos pudieran negarse al uso de dichas fotografías sin sufrir ningún perjuicio¹⁶.

También en el contexto del **empleo** se produce un desequilibrio de poder¹⁷. Dada la dependencia que resulta de la relación entre el empleador y el empleado, no es probable que el interesado pueda negar a su empleador el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar temor o riesgo real de que su negativa produzca efectos perjudiciales. Parece poco probable que un empleado pudiera responder libremente a una solicitud de consentimiento de su empleador para, por ejemplo, activar sistemas de vigilancia por cámara en el lugar de trabajo o para rellenar impresos de evaluación, sin sentirse presionado a dar su consentimiento¹⁸. Por tanto, el GT29 considera

¹⁵ Véase el artículo 6 del RGPD, en particular, el apartado 1, letras c) y e).

¹⁶ A los efectos de este ejemplo, una escuela pública es una escuela financiada con fondos públicos o cualquier centro educativo que sea considerado una autoridad u organismo público por la legislación nacional.

¹⁷ Véase también el artículo 88 del RGPD en el que se subraya la necesidad de proteger los intereses específicos de los trabajadores y se establece la posibilidad de excepciones en la legislación de los Estados miembros. Véase también el considerando 155.

¹⁸ Véase el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), pp. 12-14, el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral (WP 48), el capítulo 10 del Documento de trabajo sobre la

problemático que los empleadores realicen el tratamiento de datos personales de empleados actuales o futuros sobre la base del consentimiento, ya que no es probable que este se otorgue libremente. En el caso de la mayoría de estos tratamientos de datos en el trabajo, la base jurídica no puede y no debe ser el consentimiento de los trabajadores [artículo 6, apartado 1, letra a)] debido a la naturaleza de la relación entre empleador y empleado¹⁹.

No obstante, esto no significa que los empleadores no puedan basarse nunca en el consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos. Puede haber situaciones en las que el empleador pueda demostrar que el consentimiento se ha dado libremente. Dado el desequilibrio de poder entre un empleador y los miembros de su personal, los trabajadores únicamente pueden dar su libre consentimiento en circunstancias excepcionales, cuando el hecho de que otorguen o no dicho consentimiento no tenga consecuencias adversas²⁰.

[Ejemplo 5]

Un equipo de rodaje va a filmar una parte de una oficina. El empleador pide a todos los trabajadores que se sientan en dicha zona su consentimiento para ser filmados, ya que puede que aparezcan en un segundo plano en el vídeo. Los trabajadores que no quieren que se les filme no se ven penalizados en modo alguno, sino que se les coloca en otras mesas en una parte distinta del edificio mientras dura la filmación.

Los desequilibrios de poder no se limitan a las autoridades públicas y a los empleadores, sino que también pueden producirse en otras situaciones. Como ha subrayado el GT29 en diversos dictámenes, el consentimiento solo puede ser válido si el interesado puede realmente elegir y no existe riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas importantes (por ejemplo, costes adicionales sustanciales) si no da su consentimiento. El consentimiento no será libre en aquellos casos en los que exista un elemento de compulsión, presión o incapacidad para ejercer la libre voluntad.

3.1.2. Condicionalidad

El artículo 7, apartado 4, del RGPD ofrece información importante para valorar si el consentimiento se ha dado libremente²¹.

El artículo 7, apartado 4, indica que, entre otras cosas, vincular el consentimiento a la aceptación de los términos y condiciones o supeditar el cumplimiento de un contrato o la prestación de un servicio a una solicitud de consentimiento para el tratamiento de datos personales que no son necesarios para la realización de dicho contrato o servicio, resulta muy inapropiado. Si el consentimiento se ha dado en estas circunstancias, se presume que no se ha dado libremente (considerando 43). El artículo 7,

vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo (WP 55), apartado 4.2 y el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo (WP 249), apartado 6.2.

¹⁹ Véase el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, pp. 6-7.

²⁰ Véase el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo (WP 249) apartado 6.2.

²¹ Artículo 7, apartado 4, del RGPD: «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.» Véase también el considerando 43, que afirma que: «[...] Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento».

apartado 4, pretende garantizar que el tratamiento de los datos personales no se camufle o se vincule a la prestación de un contrato o servicio para el cual dichos datos personales no son necesarios. De este modo, el RGPD garantiza que el tratamiento de los datos para los que se ha solicitado consentimiento no se convierta directa o indirectamente en una contraprestación de un contrato. Las dos bases jurídicas para el tratamiento lícito de datos personales, a saber, el consentimiento y el contrato no pueden fusionarse o difuminarse.

La obligación de autorizar el uso de datos personales más allá de lo estrictamente necesario limita las opciones del interesado y le impide ejercer su libre consentimiento. Dado que la legislación sobre protección de datos tiene como fin la protección de los derechos fundamentales, el control de una persona sobre sus datos personales es esencial y existe una firme presunción de que dar el consentimiento a un tratamiento de datos personales que no sea necesario no puede considerarse como un requisito obligatorio para la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio.

Por tanto, siempre que la solicitud de consentimiento esté vinculada a la ejecución de un contrato por parte del responsable del tratamiento, un interesado que no desee que sus datos personales estén a disposición del responsable para su tratamiento corre el riesgo de que se le nieguen los servicios que ha solicitado.

Para evaluar si tiene lugar esa situación de vinculación o supeditación, es importante determinar el alcance del contrato y qué datos serían necesarios para la realización de dicho contrato.

De acuerdo con el Dictamen 06/2014 del GT29, la expresión «necesario para la ejecución de un contrato» debe ser interpretada de manera estricta. El tratamiento debe ser necesario para cumplir el contrato con cada interesado. Esto puede incluir, por ejemplo, el tratamiento de la dirección del interesado con el fin de que puedan entregarse productos adquiridos en línea, o el tratamiento de los datos de la tarjeta de crédito para facilitar el pago. En el contexto laboral, este principio permitiría, por ejemplo, el tratamiento de la información sobre el salario y los datos de la cuenta bancaria para que pueda abonarse el sueldo²². Debe existir un vínculo directo y objetivo entre el tratamiento de los datos y la finalidad de la ejecución del contrato.

Si un responsable pretende realizar el tratamiento de datos personales que sí son necesarios para la ejecución del contrato, entonces el consentimiento no será la base jurídica apropiada²³.

El artículo 7, apartado 4, solo es pertinente cuando los datos solicitados **no** son necesarios para la ejecución del contrato (incluida la prestación de un servicio), y la ejecución de dicho contrato se condiciona a la obtención de esos datos sobre la base del consentimiento. Por el contrario, si el tratamiento **es** necesario para la ejecución del contrato (inclusive para la prestación de un servicio) entonces el artículo 7, apartado 4, no será de aplicación.

²² Para más información y ejemplos, véase el 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, adoptado por el GT29 el 9 de abril de 2014, pp. 16 y 17. (WP 217).

²³ La base jurídica adecuada podría ser en este caso el artículo 6, apartado, 1, letra b) (contrato).

[Ejemplo 6]

Un banco pide a sus clientes el consentimiento para que terceras partes puedan usar sus datos de pago para fines directos de mercadotecnia. Esta actividad de tratamiento no es necesaria para la ejecución del contrato con el cliente y la prestación de los servicios habituales de la cuenta bancaria. Si la negativa del cliente a dar su consentimiento a dicho tratamiento diera lugar a la negativa por parte del banco de prestar sus servicios, al cierre de la cuenta bancaria o, dependiendo del caso, a un aumento de las comisiones, el consentimiento no podría darse libremente.

La elección del legislador de señalar la condicionalidad, entre otros factores, como una presunción de la falta de libertad para otorgar el consentimiento, demuestra que debe analizarse con cuidado si tal condicionalidad está presente. La expresión «tener en cuenta en la mayor medida posible» que aparece en el artículo 7, apartado 4, sugiere que el responsable del tratamiento debe proceder con especial cautela en los casos en los que un contrato (que podría incluir la prestación de un servicio) esté vinculado a una solicitud de consentimiento para el tratamiento de datos personales.

Ya que el texto del artículo 7, apartado 4, no se interpreta de manera general, puede quedar un espacio muy limitado para casos en los que dicha condicionalidad no invalide el consentimiento. No obstante, la expresión «se presume» que aparece en el considerando 43, indica claramente que dichos casos tendrán un carácter sumamente excepcional.

En cualquier caso, la carga de prueba respecto al artículo 7, apartado 4, recae sobre el responsable del tratamiento²⁴. Esta norma concreta refleja el principio general de rendición de cuentas presente en todo el RGPD. No obstante, cuando se aplique el artículo 7, apartado 4, será más difícil que el responsable del tratamiento demuestre que el interesado ha dado su consentimiento libremente²⁵.

El responsable del tratamiento podría argumentar que su organización ofrece a los interesados una elección real si estos pudieran escoger entre un servicio que incluya el consentimiento para el uso de datos personales con fines adicionales, y un servicio equivalente ofrecido por el mismo responsable que no implicara prestar el consentimiento para el uso de datos con fines adicionales. Siempre que exista una posibilidad de que dicho responsable del tratamiento ejecute el contrato o preste los servicios contratados sin el consentimiento para el otro uso o el uso adicional de los datos en cuestión, significará que ya no hay condicionalidad con respecto al servicio. No obstante, ambos servicios deben ser realmente equivalentes.

El GT29 opina que no puede considerarse que el consentimiento se haya dado libremente cuando un responsable del tratamiento argumenta que existe la posibilidad de elegir, por una parte, entre su servicio, que incluye el consentimiento del uso de los datos personales con fines adicionales y por

²⁴ Véase también el artículo 7, apartado 1, del RGPD, que estipula que el responsable debe demostrar que el interesado ha dado libremente su consentimiento.

²⁵ En cierta medida, la introducción de este párrafo es una codificación de la orientación del GT29 existente. Tal y como se describe en el Dictamen 15/2011, cuando un interesado se encuentra en una situación de dependencia con respecto al responsable del tratamiento de los datos, ya sea debido a la naturaleza de su relación o a circunstancias particulares, puede haber una firme presunción de que la libertad para dar el consentimiento se ve limitada en dichos contextos (por ejemplo, en una relación laboral o en el caso de que sea una autoridad pública quien recoja los datos). Con el artículo 7, apartado 4, en vigor, será más difícil que el responsable del tratamiento demuestre que el interesado ha dado su consentimiento libremente. Véase: Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), pp. 12 a 17.

otra, un servicio equivalente ofrecido por un responsable del tratamiento diferente. En tal caso, la libertad de elección dependería de cómo actúen otros agentes del mercado y de si cada interesado considera que los servicios que ofrece el otro responsable del tratamiento son realmente equivalentes. Además, conllevaría la obligación de que los responsables del tratamiento hicieran un seguimiento del mercado para garantizar la vigencia de la validez del consentimiento para sus actividades de tratamiento de datos, ya que un competidor podría alterar su servicio en una etapa posterior. Por tanto, utilizar este argumento supone que dicho consentimiento no cumple el RGPD.

3.1.3. Disociación de los fines del tratamiento de los datos

Un servicio puede conllevar múltiples operaciones de tratamiento de datos para más de un fin. En dichos casos, los interesados deberían tener libertad para elegir qué fines aceptan, en lugar de tener que dar su consentimiento a un conjunto de fines. En algunos casos, de conformidad con el RGPD, serán necesarios varios consentimientos para comenzar a ofrecer un servicio.

El considerando 43 aclara que se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando el proceso o el procedimiento para obtener el consentimiento no permita a los interesados autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales (por ejemplo, solo para algunas operaciones de tratamiento de datos y no para otras) pese a ser apropiado en ese caso concreto. El considerando 32 señala que *«El consentimiento 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»*.

Si el responsable del tratamiento ha combinado varios fines para el tratamiento y no ha intentado obtener el consentimiento para cada fin por separado, no puede considerarse que haya libertad. Esta disociación está estrechamente relacionada con la necesidad de que el consentimiento sea específico, tal y como se ha argumentado anteriormente, en la sección 3.2. Cuando el tratamiento de los datos se realice con fines diversos, la solución para cumplir la condición del consentimiento válido estará en la granularidad, es decir, en la disociación de dichos fines y la obtención del consentimiento para cada uno de ellos.

[Ejemplo 7]

En la misma solicitud de consentimiento un minorista pide a sus clientes el consentimiento para utilizar sus datos para enviarles publicidad por correo electrónico y para compartir sus datos con otras empresas de su grupo. Este consentimiento no es granular ya que no es posible consentir por separado a estos dos fines distintos y, por tanto, el consentimiento no será válido. En este caso, debería obtenerse un consentimiento específico para enviar los datos de contacto a socios comerciales. Dicho consentimiento específico se considerará válido para cada socio (véase también la sección 3.3.1) cuya identidad se haya facilitado al interesado en el momento de la obtención de su consentimiento y en la medida en que se envíe para el mismo fin (en este ejemplo, un fin comercial).

3.1.4. Perjuicio

El responsable del tratamiento debe demostrar que es posible negar o retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno (considerando 42). Por ejemplo, el responsable del tratamiento debe demostrar que la retirada del consentimiento no conllevará ningún coste para el interesado y, por tanto, ninguna clara desventaja para quienes retiren el consentimiento.

Otros ejemplos de perjuicio son el engaño, la intimidación, la coerción o consecuencias negativas importantes si un interesado no da su consentimiento. El responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que el interesado pudo ejercer una elección libre o real a la hora de dar su consentimiento y que le era posible retirarlo sin sufrir ningún perjuicio.

Si el responsable del tratamiento puede demostrar que un servicio incluye la posibilidad de retirar el consentimiento sin que se produzca ninguna consecuencia negativa, por ejemplo, sin que disminuya el nivel en la prestación del servicio en detrimento del usuario, ello bastará para probar que el consentimiento se prestó libremente. El RGPD no excluye los incentivos, pero correspondería al responsable del tratamiento demostrar que el consentimiento se haya seguido dando libremente en cualquier circunstancia.

[Ejemplo 8]

Cuando se descarga una aplicación de estilo de vida para teléfono móvil, la aplicación pide el consentimiento para acceder al acelerómetro del teléfono. Esto no es necesario para que la aplicación funcione, pero resulta útil para el responsable del tratamiento que desee saber más sobre los movimientos y niveles de actividad de sus usuarios. Cuando posteriormente el usuario retira su consentimiento, descubre que la aplicación solo funciona de forma limitada. Este es un ejemplo de perjuicio en el sentido del considerando 42, es decir, que el consentimiento no se obtuvo de manera válida (y, por tanto, el responsable del tratamiento debe eliminar todos los datos personales sobre los movimientos del usuario que se recogieron de esa manera).

[Ejemplo 9]

Un interesado se suscribe al boletín de un minorista de moda con descuentos generales. El minorista pide al interesado su consentimiento para recabar más datos sobre sus preferencias de compra con el fin de adaptar las ofertas a dichas preferencias basándose en el historial de compras o en un cuestionario voluntario. Cuando el interesado retira el consentimiento, vuelve a recibir descuentos de moda no personalizados. Esto no puede considerarse un perjuicio ya que únicamente se ha perdido un incentivo admisible.

[Ejemplo: 10]

Una revista de moda ofrece a los lectores la posibilidad de adquirir productos de maquillaje antes de su lanzamiento oficial.

Los productos se pondrán a la venta en breve, pero se ofrece a los lectores de esta publicación un adelanto exclusivo. Con el fin de disfrutar de esta ventaja, deben proporcionar su dirección postal y autorizar su suscripción a la lista de correo de la revista. La dirección postal es necesaria para el envío de productos y la lista de correo se utiliza para enviar durante todo el año ofertas comerciales de productos como cosméticos o camisetas.

La empresa explica que los datos de la lista de correos se utilizarán únicamente para que la revista envíe productos y publicidad impresa y no se compartirán con ninguna otra organización.

En caso de que el lector no desee comunicar su dirección por este motivo, no habrá perjuicio alguno, ya que los productos seguirán en cualquier caso a su disposición.

3.2. Manifestación de voluntad específica

El artículo 6, apartado 1, letra a), confirma que el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos debe darse «para uno o varios fines específicos» y que un interesado puede elegir con respecto a cada uno de dichos fines²⁶. El requisito de que el consentimiento deba ser «*específico*» tiene por objeto garantizar un nivel de control y transparencia para el interesado. Este requisito no

²⁶ El Dictamen 3/2013 del GT29 sobre la limitación de la finalidad (WP 203) contiene más información sobre la determinación de los fines.

ha sido modificado por el RGPD y sigue estando estrechamente vinculado con el requisito de consentimiento «informado». Al mismo tiempo, debe interpretarse en línea con el requisito de «disociación» para obtener el consentimiento «libre»²⁷. En suma, para cumplir con el carácter de «específico» el responsable del tratamiento debe aplicar:

- i) la especificación del fin como garantía contra la desviación del uso,
- ii) la disociación en las solicitudes de consentimiento, y
- iii) una clara separación entre la información relacionada con la obtención del consentimiento para las actividades de tratamiento de datos y la información relativa a otras cuestiones.

Ad. i): De conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra b), del RGPD, la obtención del consentimiento válido va siempre precedida de la determinación de un fin específico, explícito y legítimo para la actividad de tratamiento prevista.²⁸ La necesidad del consentimiento específico en combinación con la noción de limitación de la finalidad que figura en el artículo 5, apartado 1, letra b), funciona como garantía frente a la ampliación o difuminación gradual de los fines para los que se realiza el tratamiento de los datos una vez que un interesado haya dado su autorización a la recogida inicial de los datos. Este fenómeno, también conocido como desviación del uso, supone un riesgo para los interesados ya que puede dar lugar a un uso imprevisto de los datos personales por parte del responsable del tratamiento o de terceras partes y a la pérdida de control por parte del interesado.

Si el responsable del tratamiento se basa en el artículo 6, apartado 1, letra a), los interesados deberán siempre dar su consentimiento para un fin específico para el tratamiento de los datos²⁹, En consonancia con el concepto de *limitación de la finalidad*, con el artículo 5, apartado 1, letra b), y con el considerando 32, el consentimiento puede abarcar distintas operaciones, siempre que dichas operaciones tengan un mismo fin. Huelga decir que el consentimiento específico solo puede obtenerse cuando se informa expresamente a los interesados sobre los fines previstos para el uso de los datos que les conciernen.

Sin perjuicio de las disposiciones sobre la compatibilidad de los fines, el consentimiento debe ser específico para cada fin. Los interesados darán su consentimiento entendiendo que tienen control sobre sus datos y que estos solo serán tratados para dichos fines específicos. Si un responsable trata datos basándose en el consentimiento y, además, desea tratar dichos datos para otro fin, deberá obtener el consentimiento para ese otro fin, a menos que exista otra base jurídica que refleje mejor la situación.

[Ejemplo 11] Una cadena de televisión por cable recopila los datos personales de suscriptores basándose en su

²⁷ El considerando 43 del RGPD establece que siempre que sea adecuado, deberá obtenerse por separado el consentimiento para operaciones distintas de tratamiento de datos. Deben ofrecerse a los interesados opciones de consentimiento por separado para el tratamiento de datos con fines distintos.

²⁸ Véase el Dictamen 3/2013 del GT29 sobre la limitación de la finalidad (WP 203), p. 16: «*por estos motivos, un fin vago o general, como, por ejemplo, "mejorar la experiencia del usuario", "fines de mercadotecnia", "fines de seguridad informática" o "investigaciones futuras" –sin más detalles– normalmente no cumple el criterio de ser "específico"*».

²⁹ Este punto está en consonancia con lo expresado en el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento (WP 187), por ejemplo, en la p. 17.

consentimiento, para ofrecerles sugerencias personales sobre películas nuevas que les pueden interesar según sus hábitos televisivos. Al cabo de un tiempo la cadena decide que desea permitir a terceras partes enviar (o mostrar) publicidad específica basada en los hábitos televisivos del suscriptor. Dado que se trata de un nuevo fin, se debe obtener un nuevo consentimiento.

Ad. ii) Los mecanismos de consentimiento no solo deben estar separados con el fin de cumplir el requisito de consentimiento «libre», sino que también deben cumplir con el de consentimiento «específico». Esto significa que un responsable del tratamiento que busque el consentimiento para varios fines distintos, debe facilitar la posibilidad de optar por cada fin, de manera que los usuarios puedan dar consentimiento específico para fines específicos.

Ad. iii) Finalmente, los responsables del tratamiento deben facilitar, con cada solicitud de consentimiento separada, información específica sobre los datos que se tratarán para cada fin, con el objeto de que los interesados conozcan la repercusión de las diferentes opciones que tienen. De este modo, se permite a los interesados dar un consentimiento específico. Esta cuestión se solapa con el requisito de que los responsables faciliten información clara, tal y como se ha expuesto anteriormente en la sección 3.3.

3.3. Manifestación de voluntad informada

El RGPD refuerza el requisito de que el consentimiento debe ser informado. De conformidad con el artículo 5 del RGPD, el requisito de transparencia es uno de los principios fundamentales, estrechamente relacionado con los principios de lealtad y licitud. Facilitar información a los interesados antes de obtener su consentimiento es esencial para que puedan tomar decisiones informadas, comprender qué es lo que están autorizando y, por ejemplo, ejercer su derecho a retirar su consentimiento. Si el responsable no proporciona información accesible, el control del usuario será ilusorio y el consentimiento no constituirá una base válida para el tratamiento de los datos.

Si no se cumplen los requisitos relativos al consentimiento informado, el consentimiento no será válido y el responsable podrá estar incumpliendo el artículo 6 de RGPD.

3.3.1. Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado»

Para que el consentimiento sea informado es necesario comunicar al interesado ciertos elementos que son cruciales para poder elegir. Por tanto, el GT29 opina que se requiere, al menos, la información siguiente para obtener el consentimiento válido:

- i) la identidad del responsable del tratamiento³⁰,
- ii) el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento³¹,

³⁰ Véase también el considerando 42 del RGPD: «[...]Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales.[...].»

³¹ Nuevamente, véase el considerando 42 del RGPD.

- iii) qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,³²
- iv) la existencia del derecho a retirar el consentimiento³³,
- v) información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c)³⁴, cuando sea pertinente, e
- vi) información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46³⁵.

Con respecto a los puntos i) e iii), el GT29 señala que en un caso en el que múltiples responsables (conjuntos) del tratamiento vayan a recurrir al consentimiento o si los datos se van a transferir o van a ser procesados por otros responsables del tratamiento que desean basarse en el consentimiento original, se deberá nombrar a todas estas organizaciones. No es necesario nombrar a los encargados del tratamiento de datos como parte de los requisitos de consentimiento, aunque, con el fin de cumplir lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del RGPD, los responsables deberán facilitar una lista completa de los receptores o categorías de receptores de los datos que incluya a los encargados del tratamiento. Para concluir, el GT29 señala que, dependiendo de las circunstancias y el contexto de un caso, puede requerirse más información para que el interesado entienda realmente las operaciones de tratamiento que van a tener lugar.

3.3.2. Cómo facilitar información

El RGPD no prescribe el modo o la forma en el que debe facilitarse la información con el fin de cumplir con los requisitos del consentimiento informado. Esto significa que la información válida puede presentarse de maneras distintas, por ejemplo, declaraciones escritas o verbales o mensajes de audio o vídeo. No obstante, el RGPD establece algunos requisitos para el consentimiento informado, sobre todo en el artículo 7, apartado 2, y en el considerando 32. Esto aporta un mayor nivel de claridad y accesibilidad de la información.

Cuando solicitan el consentimiento, los responsables del tratamiento deben asegurarse de que utilizan un lenguaje claro y sencillo en todos los casos. es decir, el mensaje debe ser comprensible para un ciudadano medio y no únicamente para juristas. Los responsables del tratamiento no pueden utilizar políticas de privacidad muy extensas que sean difíciles de entender o declaraciones llenas de jerga jurídica. El consentimiento debe ser claro y distinguirse de otros asuntos y debe facilitarse de manera inteligible y de fácil acceso. Este requisito significa esencialmente que la información pertinente para adoptar decisiones informadas sobre si prestar o no el consentimiento no puede esconderse en los términos y condiciones generales³⁶.

³² Véase también el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento (WP 187) pp. 19 y 20.

³³ Véase el artículo 7, apartado 3, del RGPD.

³⁴ Véanse también las Directrices del GT29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento (UE) 2016/679 (WP 251), apartado IV, letra B, p. 20 y siguientes.

³⁵ De conformidad con el artículo 49, apartado 1, letra a), se requiere información específica sobre la ausencia de las garantías descritas en el artículo 46, cuando se solicita el consentimiento explícito. Véase también el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento (WP 187) p.19

³⁶ La declaración de consentimiento debe denominarse como tal. Un texto del tipo «de...» no cumple el requisito de lenguaje claro.

El responsable del tratamiento debe asegurarse de que el consentimiento se facilita sobre la base de información que permita a los interesados identificar fácilmente quién es el responsable y comprender qué es lo que están autorizando. El responsable debe describir claramente el fin del tratamiento de datos para el que se solicita consentimiento³⁷.

Las directrices del GT29 sobre transparencia ofrecen más orientación sobre la accesibilidad. Si el consentimiento se da por medios electrónicos, la solicitud debe ser clara y concisa. Ofrecer información disociada y en distintos niveles puede ser un modo apropiado de abordar la doble obligación de precisión y exhaustividad, por una parte, y de inteligibilidad, por la otra.

El responsable del tratamiento debe valorar el tipo de público que proporciona datos a su organización. Por ejemplo, en el caso de audiencias determinadas que incluyen interesados que son menores de edad, se espera que el responsable del tratamiento se asegure de que el lenguaje sea comprensible para dicho grupo³⁸. Tras determinar su audiencia, los responsables del tratamiento deben determinar qué información deben facilitar y, posteriormente, cómo presentarán dicha información a los interesados.

El artículo 7, apartado 2, aborda las declaraciones escritas de consentimiento previamente elaboradas, que también contienen otros asuntos. Cuando el consentimiento se requiere como parte de un contrato (en papel), la solicitud de consentimiento debe distinguirse claramente de otras cuestiones. Si el contrato en papel incluye numerosos aspectos no relacionados con la cuestión del consentimiento para el uso de los datos personales, dicha cuestión deberá tratarse de manera que se diferencie claramente o en un documento aparte. De la misma manera, de conformidad con el considerando 32³⁹, si el consentimiento se solicita por medios electrónicos, la solicitud deberá ser separada y diferenciada y no podrá ser simplemente un párrafo dentro de los términos y condiciones. Con el fin de ajustarse a pantallas pequeñas o a situaciones en las que haya poco espacio para la información, puede considerarse, si procede, facilitar la información en niveles, para evitar perturbar en exceso la experiencia del usuario o el diseño del producto.

Un responsable del tratamiento que se base en el consentimiento del interesado deberá también abordar las obligaciones de información separada establecidas en los artículos 13 y 14, con el fin de cumplir con lo estipulado en el RGPD. En la práctica, el cumplimiento de las obligaciones relativas a la información y el cumplimiento con el requisito del consentimiento informado pueden conducir en muchos casos a un planteamiento integrado. No obstante, esta sección se escribe entendiéndose que el consentimiento «informado» válido puede existir aunque en el proceso de obtención del consentimiento no se mencionen todos los elementos que figuran en los artículos 13 o 14 (estos puntos, deben, por supuesto, mencionarse en otro lugar, tales como la declaración de confidencialidad de una empresa). El GT29 ha publicado directrices separadas sobre el requisito de

³⁷ Véanse el artículo 4, apartado 11, y el artículo 7, apartado 2, del RGPD.

³⁸ Véase también el considerando 58 con respecto a la información comprensible para los niños.

³⁹ Véase también el considerando 42 de la Directiva 93/13/CEE, en particular, su artículo 5 (redacción clara y comprensible; en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor) y su artículo 6 (invalidez de las cláusulas abusivas; el contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, de lo contrario el contrato en su totalidad será inválido).

transparencia.

[Ejemplo 12]

La empresa X es un responsable del tratamiento de datos que recibe quejas con respecto a que no está claro para los usuarios cuáles son los fines del uso de los datos para los que se solicita su consentimiento. La empresa ve la necesidad de verificar si la información incluida en la solicitud de consentimiento es comprensible para los interesados. X organiza paneles voluntarios de prueba de categorías específicas de sus clientes y presenta nuevas actualizaciones de su información de consentimiento a estas audiencias de prueba antes de comunicarlas de manera externa. La selección del panel respeta el principio de independencia y está hecha sobre la base de normas que garantizan un resultado representativo e imparcial. El panel recibe un cuestionario e indica qué parte de la información entiende y qué puntuación daría a dicha información en cuanto a su inteligibilidad y pertinencia. El responsable continúa realizando pruebas hasta que el panel indica que la información es comprensible. X redacta un informe sobre la prueba y lo conserva para futuras referencias. Este ejemplo muestra una posible manera para que la empresa X demuestre que los interesados recibían información clara antes de consentir al tratamiento de sus datos personales por parte de X.

[Ejemplo 13]

Una empresa realiza un tratamiento de datos basado en el consentimiento. La empresa utiliza una declaración de confidencialidad por niveles que incluye una solicitud de consentimiento. La empresa divulga todos los datos básicos del responsable del tratamiento y las actividades de trata de miento previstas⁴⁰. No obstante, la empresa no indica en el primer nivel de información de la declaración de confidencialidad cómo se puede contactar con el delegado de protección de datos de la empresa. Con el fin de contar con una base jurídica válida en el sentido del artículo 6, este responsable del tratamiento ha obtenido un consentimiento «informado» válido, aunque los datos de contacto del responsable del tratamiento no se hayan comunicado al interesado (en el primer nivel de información), de conformidad con el artículo 13, apartado 1, letra b) o del artículo 14, apartado 1, letra b), del RGPD.

3.4. Manifestación de voluntad inequívoca

El RGPD establece claramente que el consentimiento requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa, lo que significa que siempre debe darse el consentimiento mediante una acción o declaración. Debe resultar evidente que el interesado ha dado su consentimiento a una operación concreta de tratamiento de datos.

El artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE describía el consentimiento como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan». El artículo 4, apartado 11, del RGPD desarrolla esta definición aclarando que el consentimiento válido requiere una manifestación *inequívoca* de dicha voluntad mediante una *declaración o una clara acción afirmativa* en consonancia con la orientación previa publicada por el GT29.

Una «clara acción afirmativa» significa que el interesado debe haber actuado de forma deliberada

⁴⁰ Téngase en cuenta que, cuando la identidad del responsable del tratamiento o el fin del tratamiento no sean visibles en el primer nivel de información de la declaración de confidencialidad por niveles (y se encuentren en niveles posteriores), será difícil que el responsable del tratamiento demuestre que el interesado ha dado un consentimiento informado, a menos que pueda demostrar que el interesado en cuestión accedió a dicha información antes de dar su consentimiento.

para dar su consentimiento a ese tratamiento en particular⁴¹. El considerando 32 ofrece orientación adicional sobre este punto. El consentimiento puede recabarse mediante una declaración escrita o una declaración verbal (grabada), inclusive por medios electrónicos.

Tal vez la forma más literal de cumplir el criterio de «declaración escrita» es asegurarse de que el interesado envía una carta o un correo electrónico al responsable del tratamiento en el que explica qué es exactamente lo que autoriza. No obstante, esto no suele ser muy realista. Puede haber declaraciones escritas de muchas formas y tamaños que cumplan el RGPD.

Sin perjuicio del derecho contractual (nacional) existente, el consentimiento puede obtenerse mediante una declaración verbal grabada, aunque debe tenerse debidamente en cuenta la información de que dispone el interesado antes de la indicación de consentimiento. El uso de casillas de aceptación ya marcadas no es válido con arreglo al RGPD. El silencio o la inactividad del interesado, o simplemente continuar con un servicio, no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección.

[Ejemplo 14]

Cuando se instala software, la aplicación pide al interesado su consentimiento para utilizar informes de errores no anonimizados con el fin de mejorar el software. La solicitud de consentimiento viene acompañada de una declaración de confidencialidad por niveles con la información necesaria. Al marcar de manera activa la casilla opcional «doy mi consentimiento», el usuario puede realizar de manera válida una «clara acción afirmativa» para consentir el tratamiento de los datos.

Un responsable del tratamiento debe tener también en cuenta que el consentimiento no puede obtenerse mediante la misma acción por la que el usuario acuerda un contrato o acepta los términos y condiciones generales de un servicio. La aceptación global de los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales. El RGPD no permite que los responsables del tratamiento ofrezcan casillas marcadas previamente o mecanismos de exclusión voluntaria que requieran la intervención del interesado para evitar el acuerdo (por ejemplo, «casillas de exclusión voluntaria»)⁴².

Cuando el consentimiento deba darse a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud no

⁴¹ Véase el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Evaluación de impacto, anexo 2, p. 20 y pp. 105 y 106: «Como también se ha señalado en el dictamen adoptado por el GT29 sobre el consentimiento, parece esencial aclarar que el consentimiento válido requiere el uso de mecanismos que no dejen ninguna duda sobre la intención del interesado de consentir, dejando claro, al mismo tiempo que –en el ámbito de los servicios en línea– el uso de opciones predeterminadas que el interesado debe modificar con el fin de rechazar el tratamiento de los datos («consentimiento basado en el silencio») no constituye en sí mismo un consentimiento inequívoco. Esto daría a los interesados más control sobre sus propios datos, siempre que el tratamiento se basara en su consentimiento. En cuanto a la repercusión en los responsables del tratamiento, este punto no tendría una gran repercusión ya que únicamente aclara y explica mejor las implicaciones de la actual Directiva en relación con las condiciones necesarias para que exista un consentimiento válido y relevante por parte del interesado. En particular, en la medida en que consentimiento "explícito" aclararía, al sustituir el término «inequívoco», las modalidades y la calidad del consentimiento y en la medida en que no está pensado para ampliar los casos y situaciones en los que el consentimiento (explícito) debería usarse como fundamento para el tratamiento, no se espera que la repercusión de esta medida en los responsables del tratamiento sea importante.»

⁴² Véase el artículo 7, apartado 2. Véase también el Documento de trabajo 02/2013 sobre la obtención del consentimiento para cookies (WP 208), p. 3.

deberá perturbar *innecesariamente* el uso del servicio para el que se presta⁴³. Una acción afirmativa por la cual el interesado indique su consentimiento puede ser necesaria cuando una manera menos invasiva o molesta pudiera dar lugar a ambigüedad. Por ello, puede requerirse que la solicitud de consentimiento interrumpa en alguna medida la experiencia del usuario para que dicha solicitud sea efectiva.

No obstante, en el marco de los requisitos del RGPD, los responsables del tratamiento tienen libertad para crear un flujo de consentimiento que convenga a su organización. A este respecto, los movimientos físicos pueden considerarse como una acción afirmativa clara con arreglo al RGPD.

Los responsables del tratamiento deben diseñar los mecanismos de consentimiento de manera que sean claros para los interesados. Deben evitar la ambigüedad y garantizar que la acción mediante la cual se presta el consentimiento se distinga de otras acciones. Por lo tanto, continuar simplemente con el uso normal de un sitio web no es una conducta de la que pueda inferirse una indicación de que el interesado desee manifestar su acuerdo con respecto a una operación de tratamiento propuesta.

[Ejemplo 15]

Arrastrar una barra en una pantalla, saludar con la mano ante una cámara inteligente, hacer girar un teléfono inteligente en el sentido de las agujas del reloj o moverlo haciendo la forma de un ocho pueden ser opciones para indicar el acuerdo, siempre que se facilite información clara y esté claro que el movimiento en cuestión significa dar el consentimiento a una solicitud concreta (por ejemplo, si mueve esta barra hacia la izquierda, estará de acuerdo con el uso de la información X para el fin Y. Repita el movimiento para confirmarlo). El responsable debe ser capaz de demostrar que el consentimiento se obtuvo de este modo y los interesados deben poder retirar su consentimiento de una manera tan sencilla como lo prestaron.

[Ejemplo 16]

Desplazarse hacia abajo o navegar por un sitio web no satisface el requisito de una clara acción afirmativa, ya que la advertencia de que seguir moviéndose por un sitio web constituye una manifestación del consentimiento puede ser difícil de distinguir o un interesado puede pasarlo por alto cuando se mueve a gran velocidad por un texto extenso, y dicha acción no es lo suficientemente inequívoca.

En el ámbito digital, muchos servicios requieren datos personales para funcionar, de ahí que los interesados reciban cada día múltiples solicitudes de consentimiento que requieran una respuesta mediante un clic o deslizando el dedo por la pantalla. El resultado puede ser que el interesado se canse de hacer clic: si aparece demasiadas veces, el efecto real de advertencia de los mecanismos de consentimiento se va perdiendo.

En consecuencia, las preguntas sobre consentimiento ya no se leen. Esto supone un riesgo especial para los interesados, ya que, habitualmente, el consentimiento se pide para acciones que son, en principio, ilegales sin dicho consentimiento. El RGPD impone a los responsables la obligación de desarrollar maneras de abordar este tema.

Un ejemplo habitual en el contexto en línea es obtener el consentimiento de los usuarios de internet

⁴³ Véase el considerando 32 del RGPD.

a través de la configuración de su navegador. Dichas configuraciones se establecen de acuerdo con las condiciones para un consentimiento válido estipuladas en el RGPD, como, por ejemplo, que el consentimiento debe ser separado para cada uno de los fines previstos y que la información que se facilita debe nombrar a los responsables del tratamiento.

En cualquier caso, el consentimiento siempre debe obtenerse antes de que el responsable del tratamiento comience a tratar datos personales para los que se requiere consentimiento. El GT29 ha mantenido en dictámenes anteriores que el consentimiento debe darse antes de que comience la actividad de tratamiento⁴⁴. Aunque el RGPD no prescribe textualmente en el artículo 4, apartado 11, que el consentimiento deba darse antes de que comience la actividad de tratamiento, este punto está claramente implícito. El encabezamiento del artículo 6, apartado 1, y el término «dio» que aparece en el artículo 6, apartado 1, letra a), corroboran esta interpretación. Del artículo 6 y del considerando 40 se deriva lógicamente que debe existir una base jurídica lícita antes de comenzar el tratamiento de los datos. Por lo tanto, el consentimiento debe darse antes de la actividad de tratamiento. En principio, puede ser suficiente solicitar el consentimiento de un interesado una vez. No obstante, los responsables deben obtener un consentimiento nuevo y específico si cambian los fines del tratamiento de los datos tras haber obtenido el consentimiento o si se prevé un fin adicional.

4. Obtención del consentimiento explícito

El consentimiento explícito se requiere en determinadas situaciones en las que existe un grave riesgo en relación con la protección de los datos y en las que se considera adecuado que exista un elevado nivel de control sobre los datos personales. En virtud del RGPD, el consentimiento explícito tiene una función importante en el artículo 9 sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales, en las disposiciones sobre la transferencia de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas, como establece el artículo 49⁴⁵, y en el artículo 22 sobre decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles⁴⁶.

El RGPD estipula que el requisito previo de un consentimiento «normal» es «una declaración o una clara acción afirmativa». Dado que el requisito de consentimiento «normal» en el RGPD ya se ha elevado a un nivel superior en comparación con el requisito de consentimiento contemplado en la

⁴⁴ El GT29 ha mantenido sistemáticamente esta postura desde el Dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento (WP 187), p. 30.

⁴⁵ De conformidad con el artículo 49, apartado 1, letra a), del RGPD, el consentimiento explícito puede levantar la prohibición sobre la transferencia de datos a otros países sin niveles adecuados de legislación sobre protección de datos. Téngase también en cuenta el Documento de trabajo relativo a una interpretación común del artículo 26, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995 (WP 114), p. 11, en el que el GT29 ha indicado que el consentimiento para la transferencia de datos que tiene lugar de manera periódica o permanente es inapropiado.

⁴⁶ En su artículo 22, el RGPD introduce disposiciones sobre la protección de los interesados frente a decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles. Las decisiones adoptadas sobre esta base están permitidas bajo ciertas condiciones jurídicas. El consentimiento tiene un papel fundamental en este mecanismo de protección, ya que el artículo 22, apartado 2, letra c), del RGPD deja claro que un responsable del tratamiento podrá proseguir con una decisión automatizada (incluida la elaboración de perfiles) que pueda afectar de manera significativa a la persona, con el consentimiento explícito del interesado. El GT29 ha elaborado directrices específicas sobre este tema: Directrices del GT29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento (UE) 2016/679, de 3 de octubre de 2017 (WP 251).

Directiva 95/46/CE, deben aclararse qué esfuerzos adicionales debería realizar el responsable del tratamiento con el fin de obtener el consentimiento *explícito* del interesado en consonancia con el RGPD.

El término *explícito* se refiere a la manera en que el interesado expresa el consentimiento. Significa que el interesado debe realizar una declaración expresa de consentimiento. Una manera evidente de garantizar que el consentimiento es explícito sería confirmar de manera expresa dicho consentimiento en una declaración escrita. Cuando proceda, el responsable podría asegurarse de que el interesado firma la declaración escrita, con el fin de eliminar cualquier posible duda o falta de prueba en el futuro⁴⁷.

No obstante, dicha declaración firmada no es el único modo de obtener el consentimiento explícito y no puede decirse que el RGPD prescriba declaraciones escritas y firmadas en todas las circunstancias que requieran un consentimiento explícito válido. Por ejemplo, en el contexto digital o en línea, un interesado puede emitir la declaración requerida rellenando un impreso electrónico, enviando un correo electrónico, cargando un documento escaneado con su firma o utilizando una firma electrónica. En teoría, el uso de declaraciones verbales también puede ser una forma lo suficientemente manifiesta de expresar el consentimiento explícito, sin embargo, puede resultar difícil para el responsable del tratamiento demostrar que se cumplieron todas las condiciones para el consentimiento explícito válido cuando se grabó la declaración.

Una organización puede también obtener el consentimiento explícito mediante una conversación telefónica, siempre que la información sobre las opciones sea justa, inteligible y clara y pida una confirmación específica del interesado (por ejemplo, pulsando un botón o proporcionando confirmación verbal).

[Ejemplo 17] Un responsable del tratamiento puede obtener también consentimiento explícito de una persona que visita su sitio web ofreciendo una pantalla de consentimiento explícito que contenga casillas de Sí y No, siempre que el texto indique claramente el consentimiento, por ejemplo, «Yo, doy mi consentimiento al tratamiento de mis datos» y no, por ejemplo, «Tengo claro que mis datos van a ser tratados». Huelga decir que deben cumplirse las condiciones del consentimiento informado, así como el resto de condiciones necesarias para obtener un consentimiento válido.

[Ejemplo 18] Una clínica de cirugía estética busca el consentimiento explícito de un paciente para transferir su historial médico a un experto al que se va a consultar sobre el estado del paciente. El historial médico es un archivo digital. Dado el carácter específico de la información en cuestión, la clínica pide una firma electrónica del interesado para obtener un consentimiento explícito válido y poder demostrar que dicho consentimiento explícito se ha obtenido⁴⁸.

La verificación del consentimiento en dos fases también puede ser una forma de garantizar que el consentimiento explícito sea válido. Por ejemplo, un interesado recibe un correo electrónico

⁴⁷ Véase también el Dictamen 15/2011 del GT29 sobre la definición de consentimiento (WP 187) p. 25.

⁴⁸ Este ejemplo debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

notificándole la intención del responsable del tratamiento de tratar un historial que contiene datos médicos. El responsable explica en el correo electrónico que solicita el consentimiento para el uso de una serie de datos con un fin específico. Si el interesado autoriza el uso de esos datos, el responsable le pide que envíe un correo electrónico de respuesta que contenga las palabras «Estoy de acuerdo». Tras enviar su respuesta, el interesado recibe un enlace de verificación en el que debe hacer clic o un mensaje SMS con un código de verificación, para confirmar su autorización.

El artículo 9, apartado 2, no reconoce la circunstancia de «necesario para la ejecución de un contrato» como una excepción a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos. Por lo tanto, los responsables y los Estados miembros que aborden esta situación deben estudiar las excepciones específicas que figuran en el artículo 9, apartado 2, letras b) a j). En el caso de que no se aplique ninguna de las excepciones enumeradas en las letras b) a j), la única excepción lícita para procesar dichos datos es obtener el consentimiento explícito de conformidad con las condiciones para el consentimiento válido que figuran en el RGPD.

[Ejemplo 19]

Una compañía aérea, Holiday Airways, ofrece un servicio de asistencia en viaje para pasajeros que no pueden viajar sin asistencia, por ejemplo, debido a una discapacidad. Un cliente reserva un vuelo de Ámsterdam a Budapest y requiere asistencia en viaje para poder embarcar en el avión. Holiday Airways le pide que facilite información sobre su estado de salud con el fin de disponer los servicios adecuados (existen muchas posibilidades, por ejemplo, una silla de ruedas en la puerta de llegada o un asistente que viaje con esta persona de A a B). Holiday Airways pide el consentimiento explícito para tratar los datos de salud de este cliente con el fin de organizar el servicio de asistencia en viaje solicitado. Los datos tratados sobre la base del consentimiento deben ser necesarios para el servicio solicitado. Además, sigue habiendo vuelos disponibles a Budapest sin asistencia en viaje. Téngase en cuenta que, dado que los datos son necesarios para la prestación del servicio solicitado, no se aplica el artículo 7, apartado 4.

[Ejemplo 20]

Una empresa próspera se especializa en el suministro de gafas de esquí y snowboard hechas a medida, y otros tipos de gafas personalizadas para deportes al aire libre. La idea es que los clientes puedan utilizar estas gafas sin necesidad de utilizar sus gafas graduadas. La empresa recibe pedidos en un punto centralizado y envía sus productos a toda la UE desde un único lugar. Con el fin de proporcionar sus productos personalizados a clientes que tienen problemas de visión, este responsable del tratamiento solicita el consentimiento para utilizar la información sobre la graduación del cliente. Los clientes facilitan los datos sanitarios necesarios en línea, como los datos relativos a su graduación, cuando hacen su pedido. Sin esa información no es posible responder a la solicitud de gafas hechas a medida. La empresa ofrece también una serie de gafas con valores correctores estándar. Los clientes que no desean compartir sus datos sanitarios pueden optar por las versiones estándar. Por tanto, se requiere un consentimiento explícito en virtud del artículo 9 y puede considerarse que el consentimiento se da libremente.

5. Condiciones adicionales para obtener un consentimiento válido

El RGPD introduce requisitos para que los responsables tomen medidas adicionales para garantizar que obtienen, mantienen y pueden demostrar el consentimiento válido. El artículo 7 de RGPD establece estas condiciones adicionales para el consentimiento válido, con disposiciones específicas sobre el mantenimiento de registros de consentimiento y el derecho a retirar fácilmente el consentimiento. El artículo 7 se aplica también al consentimiento al que hacen referencia otros artículos del RGPD, por ejemplo, los artículos 8 y 9. A continuación se facilita orientación sobre el requisito adicional de demostrar el consentimiento válido y sobre la retirada del consentimiento.

5.1. Demostrar el consentimiento

El artículo 7, apartado 1, del RGPD indica claramente la obligación explícita del responsable del tratamiento de demostrar el consentimiento del interesado. De conformidad con el artículo 7, apartado 1, le corresponde al responsable de demostrar dicho consentimiento.

El considerando 42 establece que: *«Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento»*.

Los responsables del tratamiento tienen libertad para desarrollar métodos que permitan cumplir esta disposición adaptados a sus operaciones diarias. Al mismo tiempo, la obligación de demostrar que un responsable del tratamiento ha obtenido un consentimiento válido, no debe en sí misma provocar un tratamiento adicional de datos excesivo. Esto significa que los responsables deberían tener datos suficientes para mostrar un enlace al tratamiento (para mostrar que se obtuvo el consentimiento), pero no deberían recopilar más información de la necesaria.

Corresponde al responsable demostrar que obtuvo el consentimiento válido del interesado. El RGPD no prescribe cómo debe hacerse esto exactamente. No obstante, el responsable debe poder demostrar que, en un caso concreto, un interesado ha dado su consentimiento. La obligación de demostrar el consentimiento existirá mientras dure la actividad de tratamiento de los datos en cuestión. Una vez finalizada dicha actividad, la prueba del consentimiento no deberá conservarse más allá de lo estrictamente necesario para cumplir una obligación legal o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, de conformidad con el artículo 17, apartado 3, letras b) y e).

Por ejemplo, el responsable debe mantener un registro de las declaraciones de consentimiento recibidas, de manera que pueda demostrar cómo se obtuvo el consentimiento y cuándo se obtuvo dicho consentimiento, y también deberá demostrarse la información que se facilitó al interesado en su momento. El responsable también deberá poder demostrar que se informó al interesado y que el flujo de trabajo del responsable cumplió todos los criterios pertinentes para un consentimiento válido. La lógica subyacente a esta obligación en el RGPD es que los responsables del tratamiento deben rendir cuentas con respecto a la obtención del consentimiento válido de los interesados y con respecto a los mecanismos de consentimiento que han adoptado. Por ejemplo, en un contexto en línea, un responsable podría conservar información sobre la sesión en la que se expresó el consentimiento, junto con documentación sobre el flujo de trabajo del consentimiento cuando dicha sesión tuvo lugar, y una copia de la información que se presentó en ese momento al interesado. No sería suficiente referirse únicamente a una configuración correcta del sitio web en cuestión.

[Ejemplo 21] Un hospital crea un programa de investigación científica, denominado proyecto X, para el que se requiere el historial clínico dental de pacientes reales. Los participantes se captan a través de llamadas telefónicas a pacientes que acuerdan voluntariamente formar parte de una lista de candidatos a los que se pueda contactar para este fin. El responsable del tratamiento busca el consentimiento explícito de los interesados para utilizar su historial clínico dental. El consentimiento se obtiene por teléfono mediante la grabación de una declaración verbal del interesado en la que confirma que está de acuerdo con que se utilicen sus datos para los fines del proyecto X.

El RGPD no establece un límite de duración para el consentimiento. La duración del

consentimiento dependerá del contexto, del alcance del consentimiento original y de las expectativas del interesado. Si las operaciones de tratamiento cambian o evolucionan de manera considerable, el consentimiento original dejará de tener validez. En este caso, deberá obtenerse un nuevo consentimiento.

El GT29 recomienda como mejor práctica la renovación del consentimiento a intervalos apropiados. Facilitar toda la información de nuevo contribuye a garantizar que el interesado sigue estando bien informado sobre cómo se utilizan sus datos y sobre cómo ejercer sus derechos⁴⁹.

5.2. Retirada del consentimiento

La retirada del consentimiento ocupa un lugar destacado en el RGPD. Las disposiciones y considerandos sobre la retirada del consentimiento que figuran en el RGPD pueden considerarse como una codificación de la interpretación que el GT29 ofrece sobre esta cuestión en sus dictámenes⁵⁰.

El artículo 7, apartado 3), del RGPD establece que el responsable del tratamiento debe garantizar que el interesado pueda retirar su consentimiento en cualquier momento y que será tan fácil retirarlo como lo fue darlo. El RGPD no especifica que la acción necesaria para dar y retirar el consentimiento deba ser siempre la misma.

No obstante, cuando el consentimiento se obtenga por medios electrónicos mediante un único clic del ratón, deslizando el dedo por una pantalla o pulsando una tecla, los interesados deben poder, en la práctica, retirar su consentimiento de manera igualmente sencilla. Cuando el consentimiento se obtenga mediante el uso de una interfaz de usuario específica de algún servicio [por ejemplo, a través de un sitio web, una aplicación, una cuenta de inicio, una interfaz de un dispositivo de IdC (internet de las cosas) o por correo electrónico], no hay duda de que el interesado debe poder retirar el consentimiento a través de la misma interfaz electrónica, ya que cambiar a otra interfaz con el único fin de retirar el consentimiento requeriría un esfuerzo injustificado. Asimismo, el interesado debe poder retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno. Esto significa, entre otras cosas, que el responsable debe hacer posible la retirada de consentimiento de manera gratuita y sin que disminuya el nivel en la prestación del servicio⁵¹.

[Ejemplo 22] Un festival de música vende entradas a través de un agente de venta de entradas en línea. Con cada venta de entradas en línea, se requiere el consentimiento para utilizar los datos de contacto con fines publicitarios. Para indicar su consentimiento para este fin, los clientes pueden seleccionar «No» o «Sí». El responsable del tratamiento informa a los clientes de que tienen la posibilidad de retirar el consentimiento. Para ello, pueden llamar, gratuitamente, a un centro de atención los días laborables entre las ocho de la mañana y las cinco de la tarde. En este ejemplo, el responsable del tratamiento no cumple lo dispuesto en el artículo 7,

⁴⁹ Véanse las Directrices del GT29 sobre transparencia [la referencia se incluirá cuando esté disponible].

⁵⁰ El GT29 ha examinado este tema en su Dictamen sobre el consentimiento (véase el Dictamen 15/2011 sobre el consentimiento (WP 187), pp. 9, 13, 20, 27 y 32 y 33) y, entre otros, en su Dictamen sobre el uso de los datos de localización (véase el Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, WP 115, p. 7).

⁵¹ Véase también el Dictamen 4/2010 del GT29 sobre el código europeo de conducta de FEDMA para el uso de datos personales en el marketing directo (WP 174) y el Dictamen sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido (WP 115).

apartado 3, del RGPD. La retirada del consentimiento requiere en este caso una llamada telefónica en horario de oficina, lo cual es bastante más complicado que el clic de ratón requerido para dar el consentimiento a través del vendedor de entradas en línea que está abierto las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana.

El requisito de que la retirada del consentimiento sea sencilla se describe en el RGPD como un aspecto necesario para un consentimiento válido. Si el derecho de retirada no cumple los requisitos del RGPD, entonces el mecanismo del responsable del tratamiento no cumple con el RGPD. Tal y como se ha mencionado en la sección 3.1 sobre las condiciones del consentimiento *informado* y de conformidad con el artículo 7, apartado 3, del RGPD, el responsable debe informar al interesado del derecho a retirar el consentimiento antes de que preste dicho consentimiento. Asimismo, como parte de la obligación de transparencia, el responsable debe informar a los interesados sobre cómo ejercer sus derechos⁵².

Como norma general, si se retira el consentimiento, todas las operaciones de tratamiento que se basaban en el consentimiento y que hayan tenido lugar antes de dicha retirada –y de acuerdo con el RGPD– seguirán siendo lícitas, pero el responsable deberá detener las actividades de tratamiento en cuestión. Si no hay otra base jurídica que justifique el tratamiento (por ejemplo, almacenamiento ulterior) de los datos, el responsable deberá suprimirlos⁵³.

Tal y como se ha mencionado anteriormente en las presentes Directrices, es muy importante que los responsables del tratamiento evalúen los fines para los que realmente se tratan los datos y las bases jurídicas sobre los que se fundamentan antes de recoger dichos datos. Con frecuencia, las empresas necesitan datos personales para fines diversos, y el tratamiento se fundamenta en más de una base jurídica, por ejemplo, los datos del cliente pueden basarse en un contrato y en el consentimiento. Por tanto, la retirada del consentimiento no significa que el responsable deba suprimir datos que sean objeto de tratamiento para un fin basado en la ejecución del contrato con el interesado. Los responsables del tratamiento deben, por tanto, tener claro desde el principio qué fin se aplica a cada elemento de los datos y en qué base jurídica se fundamenta.

Los responsables del tratamiento tienen la obligación de suprimir los datos que se hayan tratado sobre la base del consentimiento una vez que este ha sido retirado, siempre que no haya otro fin que justifique la retención de dichos datos⁵⁴.

Además de esta situación, cubierta por el artículo 17, apartado 1, letra b), un interesado puede solicitar la supresión de otros datos que le conciernan y que se traten con otra base jurídica, por ejemplo, sobre la base del artículo 6, apartado 1, letra b)⁵⁵. Los responsables del tratamiento están obligados a evaluar si el tratamiento continuado de los datos en cuestión es adecuado, incluso en ausencia de la solicitud de supresión del interesado⁵⁶.

⁵² El considerando 39 del RGPD, que se refiere a los artículos 13 y 14 de dicho Reglamento, señala que «*las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento.*»

⁵³ Véanse el artículo 17, apartado 1, letra b), y el artículo 3 del RGPD.

⁵⁴ En tal caso, ese otro fin que justifique el tratamiento deberá tener su propia base jurídica independiente. Esto no significa que el responsable del tratamiento pueda sustituir el consentimiento por otra base jurídica, véase la sección 6 que figura más adelante.

⁵⁵ Véase el artículo 17, incluidas las excepciones que pueden aplicarse, y el considerando 65 del RGPD.

⁵⁶ Véase también el artículo 5, apartado 1, letra e), del RGPD.

En aquellos casos en los que el interesado retire su consentimiento y el responsable desee continuar el tratamiento de los datos personales con otra base jurídica, no podrán migrar del consentimiento (que ha sido retirado) a esta otra base jurídica sin comunicarlo. Cualquier cambio en la base jurídica para realizar el tratamiento de datos debe notificarse al interesado de conformidad con los requisitos de información que figuran en los artículos 13 y 14 y en virtud del principio general de transparencia.

6. Interacción entre el consentimiento y otros fundamentos jurídicos con arreglo al artículo 6 del RGPD.

El artículo 6 establece las condiciones para un tratamiento lícito de los datos personales y describe seis bases jurídicas a las que puede recurrir el responsable del tratamiento. La aplicación de una de estas seis bases jurídicas debe establecerse antes de comenzar la actividad de tratamiento y en relación con un fin específico⁵⁷.

Es importante señalar en este punto que, si un responsable del tratamiento elige basarse en el consentimiento para cualquier parte del tratamiento, deberá estar preparado para respetar dicha opción y detener esa parte del tratamiento si una persona retira su consentimiento. Enviar el mensaje de que los datos se tratarán sobre la base del consentimiento, mientras en realidad, se está utilizando otra base jurídica, sería realmente desleal para con los interesados.

Con otras palabras, el responsable no puede pasar del consentimiento a otras bases jurídicas. Por ejemplo, no le está permitido utilizar retrospectivamente la base del interés legítimo con el fin de justificar el tratamiento, cuando se encuentre con problemas con la validez del consentimiento. Debido al requisito de divulgar la base jurídica utilizada por el responsable del tratamiento en el momento de la recogida de los datos personales, los responsables deben decidir cuál es la base jurídica aplicable antes de recoger los datos.

7. Ámbitos concretos de preocupación en el RGPD

7.1. Niños (artículo 8)

En comparación con la actual Directiva, el RGPD establece un nivel adicional de protección en el caso de que se realice el tratamiento de los datos personales de personas físicas vulnerables, especialmente, de niños. El artículo 8 introduce obligaciones adicionales para garantizar un mayor nivel de protección de los datos de los niños en relación a los servicios de la sociedad de la información. Los motivos de esa mayor protección se especifican en el considerando 38: « [...] pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales [...] ». Dicho considerando 38 estipula que « 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

⁵⁷ Con arreglo al artículo 13, apartado 1, letra c), o al artículo 14, apartado 1, letra c), el responsable del tratamiento debe informar de ello al interesado.

personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño.» La expresión «en particular» indica que la protección específica no se limita a la mercadotecnia o a la elaboración de perfiles, sino que incluye el ámbito más amplio de «obtención de datos personales relativos a niños».

El artículo 8, apartado 1, establece que, cuando se aplique el consentimiento en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó⁵⁸. En cuanto a la edad límite del consentimiento válido, el RGPD ofrece flexibilidad y los Estados miembros pueden estipular por ley una edad más temprana, pero nunca inferior a los 13 años.

Tal y como se menciona en la sección 3.1 sobre el consentimiento informado, la información deberá ser comprensible para la audiencia a la que el responsable del tratamiento se dirija, teniendo especialmente en cuenta el caso de los niños. Con el fin de obtener el «consentimiento informado» de un niño, el responsable debe explicar en un lenguaje que sea claro y sencillo para los niños, de qué manera pretende tratar los datos que recoja⁵⁹. Si es el progenitor quien debe dar el consentimiento, es posible que se requiera un conjunto de datos que permitan a los adultos tomar una decisión informada.

Está claro, por lo antes mencionado, que el artículo 8 se aplicará únicamente cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- que el tratamiento de esté relacionado con servicios de la sociedad de la información ofrecidos directamente a los niños^{60 61},
- que el tratamiento se basa en el consentimiento.

7.1.1. Servicios de la sociedad de la información

⁵⁸ Sin perjuicio de la posibilidad de que la ley de los Estados miembros establezca excepciones al límite de edad, véase el artículo 8, apartado 1.

⁵⁹ El considerando 58 del RGPD reafirma esta obligación al indicar que, cuando proceda, el responsable garantizará que la información facilitada es comprensible para los niños.

⁶⁰ De conformidad con el artículo 4, apartado 25, del RGPD se entenderá por servicio de la sociedad de información todo servicio conforme a la definición del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535: «b) “servicio”: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. A efectos de la presente definición, se entenderá por: i) “a distancia”, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente, ii) “por vía electrónica”, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético, iii) “a petición individual de un destinatario de servicios”, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.» En el anexo I figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición de la mencionada Directiva. Véase también el considerando 18 de la Directiva 2000/31/CE.

⁶¹ De conformidad con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, «[...] se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.», véase la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convención sobre los Derechos del Niño).

Con el fin de determinar el alcance del término «servicios de la sociedad de la información» en el RGPD, el artículo 4, apartado 25, del RGPD hace referencia a la Directiva 2015/1535/CE.

A la hora de evaluar el alcance de dicha definición el GT29 se refiere también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).⁶² El TJUE ha mantenido que *servicios de la sociedad de la información* incluye los contratos y otros servicios que se celebran o transmiten en línea. Cuando un servicio tenga dos componentes independientes desde el punto de vista económico, siendo uno el componente en línea, como la oferta y la aceptación de una oferta en el contexto de la celebración de un contrato o la información relacionada con productos o servicios, incluidas las actividades de mercadotecnia, este componente se definirá como servicio de la sociedad de la información. El otro componente, que sería la prestación física o la distribución de bienes, no estará incluido en la noción de servicios de la sociedad de la información. La prestación de un servicio en línea entraría en el ámbito de aplicación del término *servicio de la sociedad de la información* que figura en el artículo 8 del RGPD.

7.1.2. Ofrecidos directamente a un niño

La inclusión del texto «ofrecidos directamente a un niño» indica que el artículo 8 solo se aplica a algunos servicios de la sociedad de la información, y no a todos. A este respecto, si un proveedor de servicios de la sociedad de la información deja claro a sus posibles usuarios que únicamente ofrece sus servicios a personas de 18 o más, y ello no queda menoscabado por cualquier otro indicio (como el contenido del sitio o los planes de mercadotecnia) entonces no se considerará que dicho servicio sea «ofrecido directamente a un niño» y el artículo 8 no será de aplicación.

7.1.3. Edad

El RGPD especifica que «*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.*» El responsable del tratamiento debe conocer las distintas legislaciones nacionales, teniendo en cuenta el público al que van dirigidos sus servicios. En particular, cabe señalar que un responsable del tratamiento que preste un servicio transfronterizo no puede siempre limitarse al cumplimiento de la legislación del Estado miembro en el que tiene su establecimiento principal, sino que puede verse en la obligación de cumplir las respectivas legislaciones nacionales de cada Estado miembro en el que ofrezca el servicio o los servicios de la sociedad de la información. Esto depende de si un Estado miembro elige utilizar el lugar en el que se encuentra el establecimiento principal del responsable del tratamiento como punto de referencia en su legislación nacional, o la residencia del interesado. En primer lugar, los Estados miembros considerarán el interés superior del niño cuando toman su decisión. El Grupo de Trabajo anima a los Estados miembros a buscar una solución armonizada en esta cuestión.

Cuando presten servicios de la sociedad de la información a niños sobre la base del consentimiento,

⁶² Véase: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de diciembre de 2010, Asunto C-108/09, (*Ker/Optika*), apartados 22 y 28. Con respecto a «servicios combinados», el GT29 remite también al Asunto C-434/15 (*Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*), apartado 40, que establece que un servicio de la sociedad de la información que es parte integrante de un servicio global cuyo principal componente no es un servicio de la sociedad de la información (en este caso, un servicio de transporte) no debe calificarse como «servicio de la sociedad de la información».

se espera que los responsables adopten todas las medidas razonables para verificar que el usuario supera la edad del consentimiento digital, y estas medidas deben ser proporcionales a la naturaleza y riesgos de las actividades de tratamiento.

Si los usuarios declaran que superan la edad de consentimiento digital, el responsable podrá llevar a cabo las comprobaciones necesarias para verificar que dicha declaración es cierta. Aunque el RGPD no indica explícitamente la necesidad de adoptar todas las medidas razonables para verificar la edad, está implícito en el Reglamento ya que, si un niño da su consentimiento a pesar de no tener edad para prestar un consentimiento válido en su propio nombre, el tratamiento de los datos no será lícito.

Si el usuario declara no haber alcanzado la edad necesaria para dar su consentimiento digital, entonces el responsable puede aceptar dicha declaración sin más comprobaciones, pero deberá entonces obtener la autorización de los padres y verificar que la persona que da el consentimiento es el titular de la patria potestad o tutela.

La verificación de la edad no debe conducir a un tratamiento excesivo de datos. El mecanismo elegido para verificar la edad del interesado debe conllevar una evaluación del riesgo del tratamiento propuesto. En algunas situaciones de bajo riesgo, puede resultar adecuado solicitar a los nuevos subscriptores de un servicio que indiquen su año de nacimiento o rellenen un formulario en el que declaren que son (o no son) menores⁶³. En caso de duda, el responsable deberá revisar sus mecanismos de verificación de la edad en un caso concreto y considerar si se requieren otras comprobaciones⁶⁴.

7.1.4. Consentimiento de los niños y responsabilidad parental

En lo referente a la autorización de un titular de la patria potestad o tutela, el RGPD no establece disposiciones prácticas para obtener el consentimiento de los padres o establecer que alguien tiene derecho a realizar dicha acción⁶⁵. Por lo tanto, el GT29 recomienda la adopción de un enfoque proporcionado, en consonancia con el artículo 8, apartado 2, y el artículo 5, apartado 1, letra c), del RGPD (minimización de datos). Un enfoque proporcionado puede ser centrarse en obtener una cantidad limitada de información, por ejemplo, los datos de contacto de un padre o tutor.

Lo que será razonable, en relación con la verificación de que un usuario tenga edad suficiente para dar su propio consentimiento o de que una persona que da su consentimiento en nombre de un niño sea el titular de la patria potestad o la tutela, podrá depender de los riesgos inherentes al tratamiento, así como de la tecnología disponible. En casos de bajo riesgo, la verificación de la patria potestad o la tutela por correo electrónico puede ser suficiente. Por el contrario, en casos en los que el riesgo es elevado, puede resultar adecuado pedir más pruebas, de manera que el responsable pueda verificar y

⁶³ Aunque ello pueda no ser una solución ideal en todos los casos, es un ejemplo de cómo abordar esta disposición.

⁶⁴ Véase el Dictamen 5/2009 del GT29 sobre las redes sociales en línea (WP 163).

⁶⁵ El GT29 señala que el titular de la patria potestad no siempre es el padre biológico del niño y que dicha patria potestad o tutela puede ser ejercida por múltiples partes que pueden ser tanto personas jurídicas como físicas.

conservar la información de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del RGPD⁶⁶. Los servicios de verificación de terceros de confianza pueden ofrecer soluciones que minimicen la cantidad de datos personales que el propio responsable deba tratar.

[Ejemplo 23] Una plataforma de juegos en línea desea asegurarse de que los clientes menores de edad solo se suscriban a sus servicios con el consentimiento de sus padres o tutores. El responsable sigue estos pasos:

Paso 1: pedir al usuario que declare si es menor o mayor de 16 años (o la edad alternativa de consentimiento digital).

Si el usuario declara que no alcanza la edad del consentimiento digital:

Paso 2: el servicio informa al niño de que un padre o tutor debe consentir o autorizar el tratamiento de datos antes de que se preste el servicio al niño. Se pide al usuario que indique la dirección de correo electrónico de un padre o tutor.

Paso 3: el servicio se pone en contacto con el padre o tutor y obtiene su consentimiento vía correo electrónico para realizar el tratamiento de datos y toma las medidas razonables para confirmar que el adulto es el titular de la patria potestad o tutela.

Paso 4: en caso de reclamación, la plataforma toma medidas adicionales para verificar la edad del suscriptor.

Si la plataforma ha cumplido el resto de los requisitos de consentimiento, la plataforma puede cumplir el criterio adicional del artículo 8 del RGPD siguiendo estos pasos.

El ejemplo muestra que el responsable del tratamiento puede estar en situación de demostrar que se han realizado esfuerzos razonables para garantizar la obtención del consentimiento válido en relación con los servicios prestados a un niño. El artículo 8, apartado 2, añade, en particular, que *«El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible»*.

Corresponde al responsable del tratamiento determinar qué medidas son las adecuadas en un caso específico. Como norma general, los responsables del tratamiento deben evitar las soluciones de verificación que conllevan una excesiva recogida de datos personales.

El GT29 reconoce que puede haber casos en los que la verificación resulte complicada (por ejemplo, cuando los niños que dan su consentimiento no han establecido una «huella de identidad» o cuando no sea fácil comprobar la patria potestad. Esto puede tenerse en cuenta a la hora de decidir qué medidas son razonables, pero también se espera que los responsables del tratamiento mantengan sus actividades de tratamiento y la tecnología disponible en constante revisión.

Con respecto a la autonomía del interesado para consentir el tratamiento de sus datos personales y tener pleno control sobre el tratamiento, el consentimiento dado por un titular de la patria potestad o la tutela, o autorizado por dicho titular para el tratamiento de los datos personales del niño podrá confirmarse, modificarse o retirarse, una vez que el interesado alcance la edad de consentimiento digital.

⁶⁶ Por ejemplo, podría pedírsele al padre o tutor que realizara el pago de 0,01 EUR al responsable mediante una transacción bancaria que incluyera una breve confirmación en la descripción de la transacción de que el titular de la cuenta bancaria es titular de la patria potestad o tutela del usuario. Cuando proceda, debería facilitarse un método alternativo de verificación para evitar un tratamiento discriminatorio indebido hacia personas que no posean una cuenta bancaria.

En la práctica, esto significa que, si el niño no realiza ninguna acción, el consentimiento dado por un titular de la patria potestad o autorizado por este para el tratamiento de datos personales antes de la edad de consentimiento digital, seguirá siendo un fundamento válido para el tratamiento.

Tras alcanzar la edad de consentimiento digital, el niño tendrá la posibilidad de retirar él mismo el consentimiento, de conformidad con el artículo 7, apartado 3. Con arreglo a los principios de lealtad y responsabilidad, el responsable del tratamiento debe informar al niño sobre esta posibilidad⁶⁷.

Es importante señalar que, de conformidad con el considerando 38, el consentimiento dado por un padre o tutor no es necesario en el contexto de servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a un niño. Por ejemplo, la prestación de servicios de protección a la infancia ofrecidos en línea a un niño mediante un servicio de chat en línea, no requieren una autorización previa de los padres.

Finalmente, el RGPD establece que las normas sobre requisitos de autorización parental con respecto a menores no interferirán con «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». Por lo tanto, los requisitos de consentimiento válido para el uso de datos relativos a niños forman parte de un marco jurídico que debe considerarse independiente del Derecho contractual nacional. Por consiguiente, este documento orientativo no aborda la cuestión de si es lícito que un menor suscriba contratos en línea. Ambos regímenes jurídicos pueden aplicarse simultáneamente y el alcance del RGPD no incluye la armonización de las disposiciones nacionales del Derecho contractual.

7.2. Investigación científica

La definición de fines de investigación científica tiene implicaciones importantes con respecto a la gama de actividades de tratamiento que puede realizar un responsable del tratamiento. El término «*investigación científica*» no está definido en el RGPD. El considerando 159 señala «(...) *El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe interpretarse, a efectos del presente Reglamento, de manera amplia (...)*», no obstante, el GT29 considera que la noción no debe ampliarse más allá de su significado común y entiende que «*investigación científica*» en este contexto se refiere a un proyecto de investigación establecido con arreglo a las correspondientes normas metodológicas y éticas relacionadas con el sector, de conformidad con prácticas adecuadas.

Cuando el consentimiento es la base jurídica para realizar actividades de investigación de conformidad con el RGPD, este consentimiento para el uso de datos personales debe distinguirse de otros requisitos de consentimiento que sirven como norma ética u obligación procedimental. Un ejemplo de dicha obligación procedimental, en la que el tratamiento no se base en el consentimiento sino en otra base jurídica, puede encontrarse en el Reglamento sobre ensayos clínicos. En el contexto de la ley de protección de datos, esta última forma de consentimiento podría considerarse como una salvaguarda adicional⁶⁸. Al mismo tiempo, el RGPD no restringe la aplicación del artículo 6 únicamente al consentimiento en lo referente al tratamiento de datos con fines de

⁶⁷ Asimismo, los interesados deben conocer el derecho al olvido que establece el artículo 17, de especial importancia en el caso del consentimiento dado cuando el interesado era menor (véase el considerando 63).

⁶⁸ Véase también el considerando 161 del RGPD.

investigación. Siempre que estén presentes las garantías adecuadas, como los requisitos recogidos en el artículo 89, apartado 1, y el tratamiento sea leal, lícito, transparente y se ajuste a las normas de minimización de datos y a los derechos individuales, puede disponerse de otras bases jurídicas como las contempladas en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f)⁶⁹. Esto se aplica también a categorías especiales de datos de conformidad con la excepción que figura en el artículo 9, apartado 2, letra j)⁷⁰.

El considerando 33 parece aportar algo de flexibilidad al nivel de especificación y disociación del consentimiento en el ámbito de la investigación científica. El considerando 33 establece que: «*Con frecuencia no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. Por consiguiente, debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para determinados ámbitos de investigación científica que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica. Los interesados deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida*».

En primer lugar, cabe señalar que el considerando 33 no afecta a la aplicación de las obligaciones relativas al requisito de consentimiento específico. Esto significa que, en principio, los proyectos de investigación científica solo pueden incluir datos personales sobre la base del consentimiento si tienen un fin bien descrito. En aquellos casos en los que los fines del tratamiento de los datos en el marco de un proyecto de investigación científica no puedan especificarse desde el inicio, el considerando 33 permite como excepción que el fin pueda describirse en un nivel más general.

Teniendo en cuenta las condiciones estrictas estipuladas por el artículo 9 del RGPD con respecto al tratamiento de categorías especiales de datos, el GT29 señala que cuando se traten categorías especiales de datos sobre la base del consentimiento explícito, la aplicación del enfoque flexible al que se refiere el considerando 33, será objeto de una interpretación más estricta y requerirá un mayor nivel de escrutinio.

Tomado en su conjunto, no puede interpretarse que el RGPD permita a un responsable del tratamiento sortear el principio fundamental de especificar los fines para los que se solicita el consentimiento del interesado.

Cuando no puedan especificarse totalmente los fines de la investigación, el responsable del tratamiento debe buscar otras maneras de garantizar que se protege la esencia de los requisitos de consentimiento, por ejemplo, permitir que los interesados den su consentimiento a un fin de investigación en términos más generales y a fases concretas de un proyecto de investigación que ya se conozcan desde el inicio. A medida que la investigación avance, puede obtenerse el consentimiento para los pasos posteriores del proyecto antes de comenzar la fase siguiente. No

⁶⁹ También puede ser de aplicación el artículo 6, apartado 1, letra c), para determinadas partes de las operaciones de tratamiento de datos requeridas específicamente por ley, tales como la recopilación de datos fiables y sólidos de acuerdo con el protocolo aprobado por los Estados miembros en virtud del Reglamento sobre ensayos clínicos.

⁷⁰ Con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra i), las pruebas específicas de medicamentos pueden realizarse sobre la base del Derecho nacional o de la Unión.

obstante, dicho consentimiento debe mantener su conformidad con las normas éticas aplicables a la investigación científica.

Asimismo, el responsable del tratamiento puede, en esos casos, aplicar más garantías. El artículo 89, apartado 1, por ejemplo, señala la necesidad de que las actividades de tratamiento de datos con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos estén sujetas a garantías. Dichos fines estarán «*sujetos a las garantías adecuadas, con arreglo al presente Reglamento, para los derechos y las libertades de los interesados*». La minimización de los datos, la anonimización y la seguridad de los datos se mencionan como posibles garantías⁷¹. La anonimización es la solución preferida, siempre que el fin de la investigación pueda alcanzarse sin el tratamiento de datos personales.

La transparencia constituye una garantía adicional cuando las circunstancias de la investigación no permiten obtener un consentimiento específico. Los responsables del tratamiento pueden compensar la falta de concreción del fin facilitando información periódica sobre el desarrollo del fin a medida que avanza el proyecto de investigación de manera que, con el tiempo, el consentimiento sea lo más específico posible. De esta manera, el interesado tiene, al menos, una noción básica de la situación, lo que le permite valorar si utilizar o no, por ejemplo, el derecho a retirar el consentimiento con arreglo al artículo 7, apartado 3⁷².

Asimismo, contar con un plan integral de investigación al que los interesados puedan recurrir, podría contribuir a compensar la falta de concreción del fin⁷³. Este plan de investigación debería especificar las cuestiones de la investigación y los métodos de trabajo previstos de la manera más clara posible. El plan de investigación podría contribuir también a cumplir el artículo 7, apartado 1, ya que los responsables del tratamiento deben mostrar a los interesados la información disponible en el momento de obtener el consentimiento con el fin de poder demostrar que el consentimiento es válido.

Es importante recordar que cuando se utilice el consentimiento como la base jurídica del tratamiento de datos, el interesado debe tener la posibilidad de retirar dicho consentimiento. El GT29 señala que la retirada del consentimiento podría menoscabar algunos tipos de investigaciones

⁷¹ Véase, por ejemplo, el considerando 156. El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe cumplir también con otra legislación pertinente, como la relativa a los ensayos clínicos. Véase el considerando 156, en el que se menciona el Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Véase también el Dictamen 15/2011 del WP29 sobre la definición de consentimiento (WP 187), p. 7: «*Además, la obtención del consentimiento no anula las obligaciones del responsable del tratamiento con arreglo al artículo 6 en lo que respecta a la imparcialidad, necesidad y proporcionalidad, así como a la calidad de los datos. Por ejemplo, incluso un tratamiento de datos personales basado en el consentimiento del usuario no legitimaría la recopilación excesiva de datos para un fin particular.*» [...] *En principio, el consentimiento no debe considerarse una excepción a los otros principios de protección de datos, sino una salvaguardia. Es, principalmente, un fundamento de legalidad que no exime de la aplicación de otros principios.*

⁷² También pueden ser pertinentes otras medidas de transparencia. Cuando los responsables del tratamiento realizan el tratamiento de datos con fines científicos, aunque no puedan facilitar toda la información desde el inicio, podrían nombrar una persona de contacto a quien los interesados puedan dirigir sus preguntas.

⁷³ Esta posibilidad puede encontrarse en el artículo 14, apartado 1, de la actual Ley de Datos Personales de Finlandia (*Henkilötietolaki*, 523/1999).

científicas que requieren que los datos puedan estar vinculados a las personas. No obstante, el RGPD deja claro que el consentimiento puede retirarse y que los responsables del tratamiento deben actuar al respecto; no hay excepción a este requisito en el caso de la investigación científica. Si un responsable del tratamiento recibe una solicitud de retirada de los datos, debe, en principio, suprimir inmediatamente los datos personales si desea continuar utilizando datos para los fines de la investigación⁷⁴.

7.3. Derechos del interesado

Si una actividad de tratamiento de datos se basa en el consentimiento del interesado, esto afectará a los derechos de esa persona. Los interesados pueden tener derecho a la portabilidad de los datos (artículo 20) cuando el tratamiento se base en el consentimiento. Al mismo tiempo, el derecho de oposición (artículo 21) no se aplica cuando el tratamiento se basa en el consentimiento, aunque el derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento puede tener un resultado similar.

Los artículos 16 a 20 del RGPD indican que (cuando el tratamiento de datos se basa en el consentimiento) los interesados tienen derecho a la supresión de los datos cuando el consentimiento se ha retirado, derecho a la limitación del tratamiento y derechos de rectificación y de acceso⁷⁵.

8. Consentimiento obtenido en virtud de la Directiva 95/46/CE

Los responsables del tratamiento que actualmente tratan datos sobre la base del consentimiento en cumplimiento de la legislación nacional de protección de datos no están automáticamente obligados a renovar completamente todas las relaciones de consentimiento existentes con los interesados con el fin de conformarse al RGPD. El consentimiento que se haya obtenido hasta la fecha sigue siendo válido en la medida en que se ajuste a las condiciones estipuladas en el RGPD.

Es importante que los responsables del tratamiento revisen con detenimiento los actuales procesos de trabajo y registros, antes del 25 de mayo de 2018, con el fin de asegurarse de que los consentimientos existentes cumplen las normas del RGPD (véase el considerando 171 del RGPD⁷⁶). En la práctica, el RGPD aumenta el nivel de exigencia con respecto a la aplicación de mecanismos de consentimiento e introduce algunos requisitos nuevos que exigen a los responsables del tratamiento modificar los mecanismos de consentimiento, en lugar de únicamente revisar sus políticas de privacidad⁷⁷.

⁷⁴ Véase también el Dictamen 05/2014 del GT29 sobre «técnicas de anonimización» (WP 216).

⁷⁵ En los casos en los que algunas actividades de tratamiento de datos estén restringidas de conformidad con el artículo 18 del RGPD, puede ser necesario el consentimiento del interesado para suprimir dichas restricciones.

⁷⁶ El considerando 171 establece que: «La Directiva 95/46/CE debe ser derogada por el presente Reglamento. Todo tratamiento ya iniciado en la fecha de aplicación del presente Reglamento debe ajustarse al presente Reglamento en el plazo de dos años a partir de la fecha de su entrada en vigor. 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. Las decisiones de la Comisión y las autorizaciones de las autoridades de control basadas en la Directiva 95/46/CE permanecen en vigor hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas.»

⁷⁷ Tal y como se indicó en la introducción, el RGPD aclara y especifica en mayor medida los requisitos necesarios para obtener y demostrar el consentimiento válido. Muchos de los requisitos se basan en el Dictamen 15/2011 sobre el consentimiento.

Por ejemplo, dado que el RGPD requiere que el responsable del tratamiento pueda demostrar que se obtuvo un consentimiento válido, todos los supuestos consentimientos sobre los que no se conserven referencias estarán automáticamente por debajo de las normas de consentimiento del RGPD y deberán renovarse. Del mismo modo, dado que el RGPD requiere una «declaración o una clara acción afirmativa», todos los supuestos consentimiento que se basaron en una forma de acción más implícita por parte del interesado (por ejemplo, una casilla de aceptación ya marcada) tampoco se ajustarán a las normas de consentimiento del RGPD.

Asimismo, con el fin de poder demostrar que se obtuvo el consentimiento o posibilitar una manifestación de la voluntad del interesado más dissociada, puede que sea conveniente revisar las operaciones y los sistemas de TI. También los mecanismos que permiten al interesado retirar fácilmente su consentimiento deben estar disponibles y se debe facilitar información sobre cómo retirar el consentimiento. Si los procedimientos actuales de obtención y gestión del consentimiento no cumplen las normas del RGPD, los responsables del tratamiento tendrán que obtener un nuevo consentimiento que cumpla con el RGPD.

Por otra parte, dado que no todos los elementos enumerados en los artículos 13 y 14 deben estar siempre presentes como condición para el consentimiento informado, las obligaciones de información ampliadas en virtud del RGPD no se oponen necesariamente a la continuidad del consentimiento que haya sido prestado antes de que el RGPD entre en vigor (véase más arriba). La Directiva 95/46/CE no contenía el requisito de informar a los interesados de la base con arreglo a la cual se realizaba el tratamiento de los datos.

Si un responsable del tratamiento considera que el consentimiento obtenido previamente en virtud de la legislación anterior no va a cumplir las normas de consentimiento del RGPD, debe tomar medidas para cumplirlo, por ejemplo, renovando el consentimiento de manera que se ajuste al RGPD. De conformidad con el RGPD, no es posible pasar de una base jurídica a otra. Si un responsable del tratamiento no puede renovar el consentimiento de modo conforme a la legislación y tampoco, como situación excepcional, puede hacer la transición a lo dispuesto en el RGPD basando el tratamiento de los datos en una base jurídica distinta garantizando, al mismo tiempo, que el tratamiento sea leal y justificado, deberá interrumpir las actividades de tratamiento. En cualquier caso, el responsable del tratamiento deberá respetar los principios de licitud, lealtad y transparencia del tratamiento de datos.

*** FIN DEL DOCUMENTO ***