



N/REF: 071728/2017

La consulta plantea varias cuestiones relativas a la forma de prestar el consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales en relación con la plataforma online de la consultante, consistente, según la consulta, en *“un espacio personal de gestión destinado a usuarios de internet (no necesariamente clientes de la consultante) que se registren en la plataforma con el objetivo de obtener diferentes ventajas de la compañía, acceder a ofertas y promociones pensadas para los interesados y, en caso de estar en posesión de un vehículo de la consultante, programar recordatorios útiles”* y su compatibilidad con el nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

En consecuencia, la consulta se centra en dar respuesta a las preguntas planteadas, sobre la base de las circunstancias de hecho anteriormente recogidas, en las que el consultante pone de manifiesto que los interesados en el tratamiento (esto es, quienes accedan a la plataforma online) no necesariamente son clientes de la consultante y por lo tanto no tienen por qué tener una relación previa con la consultante.

La primera de dichas cuestiones es la siguiente:

*“¿Es compatible con el nuevo RGPD incluir junto al formulario de registro de la plataforma [del consultante] un sistema de disposición de la información en capas, incluyendo un epígrafe denominado “Comunicaciones comerciales” en la primera capa que establezca la información básica al respecto y, en la segunda capa, incluya una sección relativa a las comunicaciones comerciales claramente diferenciada que incorpore una casilla claramente visible indicando “No deseo recibir información comercial”?*

Aclara la pregunta que: *“Nótese que los interesados deberán marcar la casilla “He leído y acepto la política de privacidad” para poder completar el*

*proceso de registro, de tal manera que, si un usuario marca dicha casilla y no se opone a recibir comunicaciones comerciales en la segunda capa, se le podrán enviar este tipo de comunicaciones comerciales al interesado”.*

La respuesta ha de ser negativa.

Hay que partir de la base de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo art. 8 establece:

*Protección de datos de carácter personal*

- 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*
- 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.*
- 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.*

Tanto el derecho europeo como el nacional han de ser interpretados de acuerdo con dicha Carta Europea de Derechos Fundamentales, recogida además, a nivel nacional, en la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (ver art. 2). Véase igualmente a nivel jurisprudencial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6/10/2015, C-362/14, Schrems, apartado 38, y sentencias ahí citadas, o la STJUE de 9/3/2017, C-398/15, apartado 39, Cámara de Comercio, Artigianato e Agricoltora di Lecce vs Salvatore Manni.

Además, los artículos 52, 53 y 54 de la citada Carta Europea de derechos fundamentales de la UE, contienen reglas interpretativas y prohíben el abuso de derecho, en el sentido de que ninguna disposición de la Carta, y por ende tampoco del derecho europeo, podrá ser interpretada en el sentido de que implique la posibilidad de dedicarse a realizar un acto tendente a la destrucción de un derecho o libertad fundamental reconocido la carta.



El derecho a la protección de datos, recogido tanto en el art. 8 de la Carta, como en artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) lleva a afirmar que dentro de las posibles interpretaciones de las normas deberá de prevalecer aquella que suponga una mayor protección del derecho fundamental.

*Además, "según reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate" (STJUE 19-12-13, Fish Legal y Shirley, C- 279/12, y STJUE de 30-4-14, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai).*

Pues bien, para determinar el contexto y la finalidad del RGPD son especialmente útiles sus Considerandos. En ellos el legislador comunitario ha venido a establecer el consentimiento al mismo nivel que otras bases legitimadoras del tratamiento, como por ejemplo el interés legítimo. Por ello no es necesario que todo tratamiento haya de estar basado en el consentimiento.

Sin embargo, si lo que se pretende es precisamente utilizar el consentimiento como base jurídica del tratamiento, el Reglamento requiere que éste se otorgue *"mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen"*. Esta consideración del consentimiento lleva a entender que el RGPD establece a favor del interesado una expectativa de que no se procederá a un tratamiento de sus datos sin que este lo acepte voluntariamente y de manera inequívoca, de suerte que el RGPD otorga al interesado la tranquilidad de que no necesita leer toda la información puesta a su disposición para saber que no tratarán sus datos, salvo que decida que efectivamente el interesado permite dicho tratamiento mediante un acto afirmativo claro. La cláusula presentada a consulta parte del principio inverso: si el interesado deja de marcar la casilla que se pone a su disposición, se procederá al tratamiento, porque existe otra casilla que el interesado ha de marcar en cualquier caso (ya esté en la misma capa o en una segunda). Por lo tanto se considera que la

finalidad del RGPD, que es proteger el derecho fundamental, es contraria a dicha cláusula.

La finalidad del RGPD consistente en favorecer igualmente la libre circulación de datos personales no se ve menoscabada por esta interpretación, por cuanto existen otras bases jurídicas para el tratamiento de los datos (art. 6 RGPD) que permiten dicho tratamiento sin el consentimiento del interesado, y entre ellos especialmente el interés legítimo *“siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, (...)”*

Tampoco puede considerarse que un sistema como el pretendido, que requiere de una doble respuesta (marcar, o deber marcar, dos casillas para evitar el tratamiento) sea *“inequívoco”*, ya que una doble negativa no es nunca una expresión tan inequívoca como una solicitud de consentimiento expresada en sentido positivo, lo que puede dar lugar a confusión en el interesado, a quien, como se ha dicho, el RGPD le otorga una expectativa de que tan sólo con su consentimiento positivo pueden tratarse sus datos. Y la mera posibilidad de que exista dicha oportunidad para la confusión hace que dicha cláusula presentada por la consultante para prestar el consentimiento no pueda considerarse que dé lugar a un consentimiento inequívoco.

Por otra parte, y aunque parezca paradójico, de la regulación del propio RGPD se desprende que no caben estas cláusulas, por cuanto ha de considerarse que estamos ante una casilla *“premarcada”*, en el sentido que pasamos a explicar. En efecto, si lo que requiere el RGPD es que el interesado realice una clara acción positiva para otorgar su consentimiento al tratamiento, no estaremos ante tal cuando el interesado, para considerar otorgado el consentimiento, no haya de hacer nada (no marcar la casilla). Por eso el considerando 32 veda, *“el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción”* para entender prestado el consentimiento. Estas tres formas (*el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción*) se consideran equivalentes en que no fundamentan el tratamiento basado en el consentimiento. La formulación de la propuesta sometida a consulta equivale a una casilla ya marcada, (por defecto se tratarán sus datos, salvo que acepte “marcar” –en realidad, y desde una perspectiva sustancial, que no meramente literal, se estaría “desmarcando” la casilla-) de modo que sólo si el interesado expresa que “no quiere que sus datos sean tratados” se dejará de producir dicho tratamiento.

El razonamiento anterior se advierte todavía con mayor intensidad cuando se piensa que dicha forma de prestar el consentimiento también puede ir dirigida a menores, cuya comprensión lectora es inferior que en los adultos, y están menos versados en las sutilezas del lenguaje, por lo que estarán más necesitados de protección.

Como acertadamente cita la consulta, de la regulación contenida en los artículos 4 (11) y 7.2 RGPD, en consonancia con el considerando (32) del mismo, lo que se requiere del consentimiento es que se trate de un acto “afirmativo” claro, que determine la “aceptación” por el interesado “de un tratamiento” de sus datos personales. Dicho considerando continúa en la misma línea al mencionar la “declaración”, que ha de reflejar “que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales”. Por lo tanto el interesado ha de “aceptar un tratamiento”, no meramente guardar silencio, -esto es, no marcar la casilla-, sin que sea válido como expresión del consentimiento no expresarse al respecto, porque su silencio no es considerado por el RGPD como aceptación. De hecho, con la actuación consistente en “no marcar” (actuación negativa, silencio o inacción, que en ningún caso cabe considerar dicha actuación como positiva o afirmativa) se estaría accediendo a que el responsable proceda a tratar los datos, lo que es en sí mismo confuso o equívoco, como ya se ha explicado. Sin embargo, mediante la marcación de la casilla (actuación afirmativa) lo que se solicita es una prohibición (actuación negativa por el responsable, que no trate sus datos), lo que no es ni mucho menos a) un acto afirmativo claro, ni b) tampoco supone una aceptación del tratamiento de los datos (ya que es, bien al contrario, la negación al tratamiento). En ningún caso se estaría aceptando mediante una clara acción afirmativa “un tratamiento”.

Esta es igualmente por otra parte la doctrina tradicional en derecho español sobre el silencio como expresión de voluntad contractual, el cual sólo tiene carácter de asentimiento cuando exista una obligación de manifestarse en uno u otro sentido por el interesado, por ejemplo porque lo imponga la ley (art. 1005 Código civil).

El RGPD opta por el sentido contrario a la cláusula presentada a la consulta, al no obligar al interesado a manifestarse en ningún sentido, y dicho no pronunciamiento no puede dar lugar en ningún caso a una interpretación contraria al derecho fundamental protegido (art. 54 Carta Europea de Derechos



Fundamentales), por lo que el silencio del interesado en ningún caso equivale a aceptación. Por ello, no marcar una casilla en la que se le informa de que si no la marca se procederá a tratar sus datos no equivale en ningún caso a una declaración positiva o acción claramente afirmativa de aceptación positiva de un tratamiento, por lo que no existiría consentimiento del interesado.

Por último tampoco cabe considerar que la existencia de una cláusula en la primera capa como la expuesta, que consiste en marcar una casilla de “He leído y acepto la política de privacidad” pueda ser suficiente, y ello al menos por dos razones; la primera es que la cláusula así diseñada, en sí misma, no contiene la totalidad de las características que el apartado 4 (11) del Reglamento requiere para el consentimiento: es obvio que en sí misma dicha expresión no es “informada” ni es “completa”, ya que falta una nueva solicitud de su consentimiento mediante una nueva casilla. Y en segundo lugar tampoco sería “afirmativa” y no se podría fundar en ella el consentimiento, precisamente porque falta la respuesta del interesado a la segunda cuestión en la segunda casilla, de modo que la “clara acción afirmativa” sólo podría predicarse del conjunto de las respuestas de ambas casillas, y no sólo de una. Por eso no se considera que el marcaje de dicha primera casilla sea la “acción afirmativa clara” que requiere el Reglamento, pues para que no se proceda al tratamiento de los datos del interesado este ha de expresar su voluntad dos veces.

La segunda pregunta es: “Alternativamente, si este mecanismo propuesto no fuera acorde con el nuevo tenor literal del RGPD, ¿es compatible con el nuevo RGPD incluir la casilla claramente visible *“No deseo recibir información comercial”* en la primera capa de información?”.

La respuesta a esta pregunta es la misma expresada anteriormente, en sentido negativo, y por idénticas razones. No se trata de la colocación de la casilla en una capa u otra, si bien sin duda su colocación en la primera capa convertiría a la prestación de la voluntad en menos confusa, sino al sentido del consentimiento así prestado, que no puede considerarse, como se ha reiterado, ni afirmativo ni inequívoco.

La tercera pregunta es: “Finalmente y, en cualquier caso, ¿resulta compatible con el nuevo RGPD y, en particular, con el considerando (32) RGPD, incluir una casilla claramente visible relativa al envío de comunicaciones comerciales redactada en un sentido negativo, esto es, *“No deseo recibir información comercial”* o, por el contrario y, a tenor de lo

dispuesto en el considerando (32) RGPD, supone esta redacción un supuesto de silencio o inacción y, por lo tanto, no es constitutiva de consentimiento válido?”

Como se deduce de la respuesta a la primera y a la segunda preguntas, la redacción en sentido negativo que se propone, a tenor de lo dispuesto en el considerando (32) RGPD, no es constitutiva de consentimiento válido.

Dado el tenor de la consulta, no se realiza un análisis de otros aspectos de la cláusula diferentes de los aquí tratados, sin que pueda entenderse que se considere la misma como ajustada al RGPD, o no, en esos otros aspectos no tratados en este informe.