

## EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO AL TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES EN LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

*María Amalia Blandino Garrido*

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

---

TITLE: *The data subject's consent to the processing of personal data in electronic communications*

RESUMEN: El presente trabajo analiza el consentimiento del interesado como causa legitimadora del tratamiento de sus datos personales. En concreto, se abordan los requisitos exigidos para la válida formación y exteriorización del consentimiento en las comunicaciones electrónicas. Se presta especial atención a la aplicación, en el ámbito digital, de la exigencia de que la manifestación de voluntad del interesado adopte la forma de una «declaración» o una «clara acción afirmativa» de la que se infiera su aceptación al tratamiento de datos personales que le conciernen.

ABSTRACT: *This paper analyses the data subject's consent as a legitimate ground for processing personal data. Specifically, it deals with the requirements for the valid formation and externalisation of consent in electronic communications. Special attention is paid to the application, in the digital sphere, of the condition that the data subject's expression will take the form of a «statement» or a «clear affirmative action».*

PALABRAS CLAVE: Datos personales, tratamiento, consentimiento, comunicaciones electrónicas, cookies.

KEY WORDS: *Personal data, processing, consent, electronic communications, cookies.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL CONSENTIMIENTO COMO FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES. 3. EL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO. 3.1. *Alcance*. 3.2. *Requisitos*. 4. LA EXTERIORIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. 4.1. *La exigencia de una manifestación de voluntad «inequívoca»*. 4.2. *La prohibición del consentimiento inferido del silencio del afectado*. 4.3. *La admisión del consentimiento tácito*. 4.3.1. El consentimiento derivado de un acto afirmativo del interesado. 4.3.2. La selección de una casilla de un sitio web en internet. 4.3.3. Las casillas premarcadas. 4.4. *La exigencia de un consentimiento «explícito»*. 5. EL CONSENTIMIENTO A LA COLOCACIÓN DE «COOKIES». 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. PLANTEAMIENTO

En el ámbito de las relaciones privadas, el fundamento básico para el tratamiento de los datos personales de una persona es el consentimiento. Los requisitos para que pueda entenderse válidamente prestado este consentimiento se han clarificado tras la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos<sup>1</sup> (en adelante, RGPD), en

<sup>1</sup> 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE («DO» 2016, L 119/1).

unos términos fielmente recogidos por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDPGDD). Estos presupuestos, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, quedan especificados y completados mediante las reglas de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas<sup>2</sup>. A la espera de que la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas<sup>3</sup> se convierta en una realidad<sup>4</sup>, es la citada Directiva 2002/58/CE la que concreta, en el marco de las comunicaciones electrónicas, el modo en que puede exteriorizarse «la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario»<sup>5</sup>.

A los efectos de nuestro estudio, cabe destacar que la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas declara aplicables<sup>6</sup>, salvo disposición en contrario, las definiciones que figuran en la (hoy en día, derogada) Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos (en adelante, DPD)<sup>7</sup>, y que se entiende por «consentimiento» de un usuario o abonado el «consentimiento del interesado», con arreglo a la definición de la DPD<sup>8</sup>. El Considerando (17) de la Directiva 2002/58/CE precisa, a este respecto, que:

«[...] el consentimiento de un usuario o abonado, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica, debe tener el mismo significado que el consentimiento de la persona afectada por los datos tal como se define y se especifica en la Directiva 95/46/CE».

<sup>2</sup> Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas («DO» 2002, L 201/37). El artículo 1 de esta Directiva señala, en su primer apartado, que la misma «armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad». En el apartado segundo de este mismo precepto, se aclara que sus disposiciones «especifican y completan la Directiva 95/46/CE a los efectos mencionados en el apartado 1», remisión que debe entenderse efectuada hoy en día al RGPD.

<sup>3</sup> Propuesta de Reglamento sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE, de 10 de enero de 2017, COM/2017/010 final - 2017/03 (COD).

<sup>4</sup> El Consejo de la Unión Europea acordó, el 10 de febrero de 2021, su posición respecto a la propuesta de Reglamento sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas (6087/21).

<sup>5</sup> Considerando (17) de la Directiva 2002/58/CE.

<sup>6</sup> Artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE.

<sup>7</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos («DO» 1995, L 281 /31). El artículo 94.1 RGPD derogó la Directiva 95/46, con efecto a partir del 25 de mayo de 2018.

<sup>8</sup> Apartado f) del artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE.

Estas remisiones a la DPD hay que entenderlas efectuadas, en la actualidad, al RGPD<sup>9</sup>. En este sentido, la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, en su redacción originaria, establecía en el artículo 9.1 que «[s]erán aplicables la definición y las condiciones relativas al consentimiento previstas en el artículo 4, punto 11, y en el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679»<sup>10</sup>. En la versión de la propuesta de Reglamento adoptada en la posición del Consejo de Europa de 10 de febrero de 2021<sup>11</sup>, se indica en el artículo 4 a) que «the provisions for consent provided for under Regulation (EU) 2016/679/EU shall apply to natural persons and, mutatis mutandis, to legal persons»<sup>12</sup>.

## 2. EL CONSENTIMIENTO COMO FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES

Constituye el consentimiento del interesado un fundamento legal, una causa habilitante que da lugar a que el tratamiento sea lícito<sup>13</sup>. El consentimiento al tratamiento de datos se ha erigido en un principio fundamental en el Derecho de protección de datos<sup>14</sup>. Así se pone de manifiesto en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>15</sup> que, tras establecer, en su apartado

<sup>9</sup> El artículo 94.2 RGPD dispone, en este sentido, que «[t]oda referencia a la Directiva derogada se entenderá hecha al presente Reglamento». Las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), el 4 de mayo de 2020, «Introducción», § 7, precisan, en este sentido, que «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».

<sup>10</sup> Bruselas, 10.1.2017 COM(2017) 10 final.

<sup>11</sup> Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6087-2021-INIT/en/pdf> [Consulta: 13 octubre 2022].

<sup>12</sup> En el Considerando (2a) de la versión de la propuesta de Reglamento contenida en la posición del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 2021, se establece: «This Regulation protects in addition the respect for private life and communications. The provisions of this Regulation particularise and complement the general rules on the protection of personal data laid down in Regulation (EU) 2016/679. This Regulation therefore does not lower the level of protection enjoyed by natural persons under Regulation (EU) 2016/679. The provisions particularise Regulation (EU) 2016/679 as regards personal data by translating its principles into specific rules. If no specific rules are established in this Regulation, Regulation (EU) 2016/679 should apply to any processing of data that qualify as personal data. The provisions complement Regulation (EU) 2016/679 by setting forth rules regarding subject matters that are not within the scope of Regulation (EU) 2016/679, such as the protection of the rights of end-users who are legal persons».

<sup>13</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?», en AA.VV., *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, GARCÍA MAHAMUT, Rosario y TOMÁS MALLÉN, Beatriz (edit.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 209.

<sup>14</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en AA.VV., *Protección de Datos Personales*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 85.

<sup>15</sup> «DO» 2000, C 364/1.

primero, que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernan», señala que «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». La anterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) situaba el consentimiento en la regla general para la licitud del tratamiento de los datos personales (art. 6.2)<sup>16</sup>. El Tribunal Constitucional puso de manifiesto, en este sentido, que:

«[e]l consentimiento del afectado es, por tanto, el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal», para añadir que «[l]a LOPD establece el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento»<sup>17</sup>.

La consideración del consentimiento como regla general que permite el tratamiento de los datos personales, a partir del cual existen una serie de excepciones, no ha sido la reflejada en el artículo 6 RGPD<sup>18</sup>. Esta norma prevé que el tratamiento será lícito, entre otros supuestos, cuando «el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos»<sup>19</sup>. El consentimiento del

<sup>16</sup> El artículo 6 LOPD comenzaba declarando, en su apartado primero, que «[e]l tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa»; en el segundo, enumeraba una serie de supuestos en los que resultaba posible tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado. Para MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, «El consentimiento y el derecho a la protección de datos de carácter personal», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, p. 270, el consentimiento constituía, «siquiera desde un punto de vista formal, la regla general: es necesaria su concurrencia para el tratamiento y cesión de los datos del afectado, según establecen los artículos 6.1 y 11.1 de la LOPD».

<sup>17</sup> STC, Pleno, 3 marzo 2016 (RTC 2016\39). Cabe mencionar también, en esta línea, la STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), 11 marzo 2021 (JUR 2021, 186159), en la que se manifiesta que «[e]l consentimiento del afectado es, por tanto, el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal» y se añade que «[l]a Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD) establece el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares, salvo que exista habilitación legal para que los datos puedan ser tratados sin dicho consentimiento».

<sup>18</sup> GONZALO DOMÉNECH, Juan José y BONMATÍ SÁNCHEZ, José, «Artículo 6», en *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, ARENAS RAMIRO, Mónica y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dirs.), Sepin, Madrid, 2019, p. 69.

<sup>19</sup> Tal y como se indica en las Directrices 5/2020 del CEPD sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, «Introducción», § 5, «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

afectado otorga licitud al tratamiento de sus datos personales, siendo una de las seis bases jurídicas que legitiman esta actuación, tal y como se enumeran en el artículo 6 RGPD<sup>20</sup>, siguiendo de forma casi literal lo establecido en el artículo 7 de la derogada DPD<sup>21</sup>.

No se establece, de este modo, una graduación entre las causas legitimadoras del tratamiento, otorgando preeminencia al consentimiento; por el contrario, todos los supuestos están situados al mismo nivel<sup>22</sup>. En palabras del Tribunal Supremo:

---

recogida de datos que no sean necesarios para un fin concreto de tratamiento, y la misma sería esencialmente injusta».

<sup>20</sup> Estas condiciones que otorgan licitud al tratamiento de datos, según la enumeración contenida en el artículo 6 RGPD, son las siguientes: «a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones». Un estudio de las restantes bases jurídicas del tratamiento contenidas en el artículo 6.1 RGPD en PUENTE ESCOBAR, Agustín, «Principios y licitud del tratamiento», en *Tratado de Protección de Datos*, Rallo Lombarte, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115-168. El Tribunal Supremo ha precisado que «esta norma ni establece una presunción de legitimidad del tratamiento ni puede contemplarse de forma aislada, por una parte, de las obligaciones que establece el propio Reglamento respecto de quien realiza el tratamiento y, por otra, de los derechos del titular de los datos» [SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 19 noviembre 2020 (RJ 2020\4682); 12 noviembre 2020 (RJ 2020\5083)]; 10 noviembre 2020 (RJ 2020\3962); y 10 noviembre 2020 (RJ 2020\3961)].

<sup>21</sup> Así como el artículo 7 DPD recogía, con leves modificaciones, las mismas causas legitimadoras del tratamiento de los datos que el actual artículo 6 RPD, la derogada LOPD no contempló el supuesto de que el tratamiento fuese necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica o legal aplicable al responsable del tratamiento [arts. 7.c DPD y 6.1.c) RGPD], ni el consistente en que el tratamiento fuese necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento [arts. 7.e DPD y 6.1.e) RGPD]. Respecto al supuesto de que el tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero [arts. 7.f DPD y 6.1.f) RGPD], la LOPD requería que «los datos figuren en fuentes accesibles al público», requisito que al no aparecer en los textos normativos vigentes ha dejado de resultar exigible.

<sup>22</sup> SEMPERE SAMANIEGO, Francisco Javier, «La licitud del tratamiento (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGD y disposición adicional duodécima LOPDGD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 927-928. Comenta este autor (*Ibidem*, p. 928) que «no se trata de ninguna novedad a nivel legislativo europeo, puesto que el artículo 7 de la Directiva 95/46 recogía lo mismo que ahora el artículo 6 RGPD». El Informe Jurídico 0004/2022 de la AEPD resalta, en esta misma línea, cómo «la reforma operada por el Reglamento general de protección de datos respecto del régimen contenido en

«no cabe la menor duda de que el Reglamento comunitario y la Ley Orgánica española de 2018 ha cambiado de manera sustancial la regulación de protección de datos, dándole una mayor flexibilidad [...]», de manera que «el artículo 6.1 enumera ahora seis distintos supuestos habilitantes para el tratamiento de datos»<sup>23</sup>.

Este nuevo enfoque no parece el más adecuado pues implica desconocer el valor fundamental de la autodeterminación como mecanismo legitimador del tratamiento de los datos personales<sup>24</sup>. Por otra parte, así como la DPD no dejaba claro si el consentimiento era necesario para el tratamiento cuando el dato se recababa en cumplimiento de las otras finalidades contempladas en el artículo 7<sup>25</sup>, el RGPD excluye

---

la Ley Orgánica 15/1999 exige un cambio de perspectiva en lo que respecta a los principios articuladores del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, en particular, a aquél que hacía del “principio de consentimiento” el eje central del derecho a la protección de datos»; respecto a las causas legitimadoras del tratamiento, se indica que «se produce una modificación sumamente relevante en el modo en que dichas causas aparecen recogidas por los textos aplicables: así, mientras del tenor de la Ley Orgánica 15/1999 parecía deducirse que la regla básica de legitimación era, con carácter general, el consentimiento, resultando las restantes causas legitimadoras excepcionales en relación con el consentimiento, que como regla general debía regir el tratamiento, en el texto del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos el consentimiento se recoge como una de las seis causas de legitimación para el tratamiento sin ostentar mayor o menor importancia que las restantes que en la norma se enumeran». Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2022-0004.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

<sup>23</sup> SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 10 noviembre 2020 (RJ 2020\4592) y (RJ 2020\4594), 12 noviembre 2020 (RJ 2020\4224) o 5 noviembre 2020 (RJ 2020\4160), entre otras.

<sup>24</sup> En este sentido, ADSUARA VARELA, Borja, «El consentimiento», en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), Reus, Madrid, Colección Derecho Administrativo, 2016, p. 158.

<sup>25</sup> El artículo 7 DPD se expresaba en los siguientes términos: «Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva». En relación a la DPD, señalaba LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe, *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 33-34, que podía interpretarse que no era necesario el consentimiento cuando se daban las otras finalidades «mediante una interpretación extensiva del supuesto del interés legítimo del responsable del tratamiento en donde se establece la condición de que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección», dado que «esta condición sería superflua si previamente el interesado hubiera consentido el tratamiento de sus datos». De forma contundente lo expresaba el artículo 6.2 LOPD de 1999 («No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan...») y el artículo 10.2 del Reglamento de desarrollo de la misma, aprobado por Real Decreto 1720/2007 («No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del

la necesidad de contar con el consentimiento del afectado cuando el dato se obtiene al amparo de las otras condiciones de licitud<sup>26</sup>. Esta autonomía del consentimiento resulta confirmada en el artículo 6.1 RGPD, cuando declara que «el tratamiento solo será lícito si se cumple *al menos una* de las siguientes condiciones».

La relevancia del consentimiento se da, sobre todo, en el ámbito de las relaciones privadas, predominando el principio de legalidad cuando la relación es con la Administración [art. 6.1.e) RGPD<sup>27</sup>]<sup>28</sup>. Es importante, asimismo, deslindar el consentimiento de otras de las bases legitimadoras del tratamiento, como es el «necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales» [art. 6.1.b) RGPD]. En este supuesto, el elemento principal es el contrato y el tratamiento de los datos algo accesorio, aunque necesario para su ejecución (o para adoptar medidas precontractuales que el propio interesado ha solicitado)<sup>29</sup>.

### 3. EL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO

#### 3.1. *Alcance*

El artículo 4.11 RGPD entiende por «consentimiento del interesado»:

«[...] 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».

---

interesado cuando...»). El TJUE, Sala Tercera, en la sentencia de 11 diciembre 2019, caso TK contra ScaraA, asunto C-708/18 (TJCE 2019\280), resuelve que los arts. 6, apartado 1, letra c) y 7, letra f) DPD, deben interpretarse, a la luz de los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «en el sentido de que no se oponen a disposiciones nacionales que autorizan la instalación de un sistema de videovigilancia como el controvertido en el litigio principal, colocado en las zonas comunes de un edificio de uso residencial sin el consentimiento de los interesados, con el fin de satisfacer intereses legítimos consistentes en garantizar el cuidado y la protección de las personas y de los bienes, si el tratamiento de datos personales mediante el sistema de videovigilancia de que se trata reúne los requisitos impuestos en dicho artículo 7, letra f), circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

<sup>26</sup> El Informe Jurídico 0004/2022 de la AEPD precisa que «no procede recabar en ningún caso el consentimiento del afectado en los supuestos en los que el tratamiento se encuentre amparado por cualquiera de las causas incluidas en las letras b) a f) del artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos».

<sup>27</sup> El artículo 6.1.e) RGPD declara que «[e]l tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

<sup>28</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento», op. cit., p. 86.

<sup>29</sup> Sobre la distinción entre estas dos bases legitimadoras del tratamiento, POLO ROCA, Andoni, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, p. 183.

El artículo 6 LOPDPGDD, en el que se regula el tratamiento basado en el consentimiento del afectado, reproduce de manera literal la definición que proporciona el RGPD<sup>30</sup>. Estos requerimientos para la validez del consentimiento (voluntad libre, específica, informada e inequívoca) aparecían recogidos en la DPD. Así, el artículo 2.h) entendía por consentimiento del interesado «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan», añadiendo el artículo 7.a) que los datos personales podían tratarse cuando «el interesado ha dado su consentimiento *de forma inequívoca*». En el mismo sentido, el artículo 3.h) LOPD definía el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan».

Como vemos, tanto en la normativa anterior como en la vigente, la validez del consentimiento prestado por el interesado al tratamiento de sus datos demanda que se manifieste mediante una voluntad libre, específica, informada e inequívoca. La novedad del RGPD y de la LOPDPGDD radica en la exigencia de que la manifestación de voluntad del interesado ha de adoptar la forma de una «declaración» o una «clara acción afirmativa» de la que se infiera su aceptación al tratamiento de los datos personales que le conciernen. Esto es, mientras el artículo 6.1 LOPD, acorde con los postulados de la DPD, no imponía un procedimiento determinado para obtener el consentimiento, dejando libertad al responsable del fichero para establecer el que considerase adecuado<sup>31</sup>, se exige ahora un comportamiento, una acción del interesado, para que pueda entenderse prestado el consentimiento al tratamiento de sus datos.

### 3.2. Requisitos

El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales ha de reunir ciertos requisitos en el proceso de su formación y en su posterior exteriorización. El artículo 4.11 RGPD los detalla, cuando manifiesta que se entiende por «consentimiento del interesado» toda manifestación de voluntad que sea «libre, específica, informada e inequívoca». La noción de consentimiento que figura en el vigente RGPD ha evolucionado respecto al utilizado hasta ahora en la Directiva a la que sustituye. Y ello en la medida en que el Reglamento aclara y especifica en mayor medida los requisitos

<sup>30</sup> Según el artículo 6 LOPDPGDD, «[...] se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

<sup>31</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD). Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2012-0261.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

necesarios para obtener y demostrar un consentimiento válido<sup>32</sup>. El artículo 6 LOPDPGDD, de forma literal, reproduce el tenor del RGPD cuando requiere que el consentimiento del afectado derive de una manifestación de voluntad que sea «libre, específica, informada e inequívoca».

Las exigencias del artículo 4.11 RGPD tienen el propósito de garantizar un consentimiento consciente en cuanto a su formación y a su contenido<sup>33</sup>. Así, en orden a su formación, el consentimiento ha de ser libre, específico e informado. Respecto a su exteriorización, ha de manifestarse de forma «inequívoca» y mediante «una declaración o una clara acción afirmativa».

A pesar de que no se exprese en la normativa, se entiende que «el consentimiento ha de ser previo al tratamiento de datos personales»<sup>34</sup>. Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 7.3 RGPD, el consentimiento es revocable en cualquier momento, si bien la revocación no afecta a la licitud del tratamiento que hasta entonces se haya realizado<sup>35</sup>. La retirada del consentimiento, aunque nada se diga en el RGPD, deberá ser gratuita para el interesado, tal y como figura en el Real Decreto

<sup>32</sup> Directrices 5/2020 del CEPD *sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 4 de mayo de 2020, «Introducción», § 1.

<sup>33</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general y de menores», en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 199. Como se hace constar en la tercera de las Directrices 5/2020 del CEPD *sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, «(e)n 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» («Introducción», § 3).

<sup>34</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD.

<sup>35</sup> Declara el artículo 7.3 RGPD lo siguiente: «El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo». El art. 6.3 LOPD exigía, en cambio, para la revocación la existencia de «causa justificada para ello», y no contemplaba el deber de información previo ni que los medios para la revocación debían ser fáciles. En relación con la revocación del consentimiento prestado, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 3 diciembre 2010 (JUR 2010\413684) desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco de Santander S.A., contra la resolución sancionadora de la AEPD, respecto de los datos suministrados para la celebración de un contrato de préstamo y aclaró que el artículo 6.3 LOPD debía ser interpretado «en el sentido más amplio y favorable para el afectado pues si la relación que sirve de base al tratamiento depende exclusivamente de la voluntad del afectado es razonable que la revocación del consentimiento debe efectuarse también en esos mismos términos».

1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento que desarrolló la LOPD<sup>36</sup> (en adelante, RDLOPD)<sup>37</sup>.

Centrándonos en los requerimientos dirigidos a la válida formación del consentimiento, comenzaremos por el requisito de la libertad. A la luz de las recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la AEPD aprecia que el consentimiento «libre» supone que «deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil»<sup>38</sup>. Como se indica en el Considerando (42) RGPD, «[e]l consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno»<sup>39</sup>. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, según declara el artículo 7.4 RGPD:

«[...] 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».

Si la ejecución del contrato se condiciona a la prestación del consentimiento al tratamiento de datos personales innecesarios, se considerará que el consentimiento no se ha otorgado libremente<sup>40</sup>. En este sentido, el TJUE aprecia, en la sentencia de 11 de noviembre de 2020<sup>41</sup>, que:

<sup>36</sup> Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

<sup>37</sup> El artículo 17.1 RDLOPD se expresa en estos términos: «El afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. En particular, se considerará ajustado al presente reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido».

<sup>38</sup> Informe Jurídico 9902/2000 «Caracteres del consentimiento definido por la LOPD» de la AEPD. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2000-9902.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022]. En el Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD se indica que el consentimiento «debe prestarse libremente, sin sometimiento a ningún tipo de engaño, intimidación o coerción de ningún tipo».

<sup>39</sup> El Informe Jurídico 0041/2022 de la AEPD aprecia que, si el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por el profesional sanitario se hace depender de que preste su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales y su inclusión en el registro, dicho consentimiento no puede considerarse libre y, consecuentemente, no existiría un consentimiento válido a los efectos del artículo 9.2 RGPD. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2022-0041.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

<sup>40</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe, *Protección de datos personales*, op. cit., p. 74.

<sup>41</sup> STJUE, Sala Segunda, 11 noviembre 2020, caso Orange România, SA y Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), asunto C-61/19 (TJCE 2020\268), apartado 41 y fallo.

«[...] para garantizar al interesado una verdadera libertad de elección, las estipulaciones contractuales no deben inducir al interesado a error en lo que respecta a la posibilidad de celebrar el contrato pese a negarse a dar su consentimiento para el tratamiento de sus datos» y que «a falta de tal información, no puede considerarse que el consentimiento de dicha persona al tratamiento de sus datos personales haya sido dado libremente ni que, por otra parte, haya sido dado de manera informada».

Respecto a la exigencia de que la manifestación de voluntad sea «específica», el TJUE determina, en la sentencia de 1 de octubre de 2019<sup>42</sup>, que «debe tener concretamente por objeto el tratamiento de datos de que se trate y no puede deducirse de una manifestación de voluntad que tenga un objeto distinto».

Los supuestos en que el consentimiento del interesado se presta en el contexto de una declaración escrita en la que también se traten otros asuntos, se abordan en el artículo 7.2 RGPD<sup>43</sup>. El consentimiento debe solicitarse, en estos casos, de forma que se distinga claramente de los demás asuntos y, además, resulte de fácil acceso. Asimismo, la ley española aclara que el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades «será preciso que conste de manera específica e inequívoca que se otorga para todas ellas» (art. 6.2). La AEPD ha determinado, en la misma línea, que «el consentimiento ha de ser específico, o concreto para determinada actividad y sólo para las finalidades concretas que hayan sido especificadas»<sup>44</sup>.

Por último, el consentimiento ha de ser informado, lo que implica que el afectado conozca, con anterioridad al tratamiento, la existencia de este y las finalidades para las que se produce<sup>45</sup>. En relación con el deber de información previo al tratamiento de los datos, el Tribunal Constitucional tiene declarado que:

<sup>42</sup> STJUE, Gran Sala, 1 octubre 2019, caso Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Planet49 GmbH, asunto C-673/17 (TJCE 2019\209), apartado 58.

<sup>43</sup> Declara el artículo 7.2 RGPD lo siguiente: «Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento».

<sup>44</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD.

<sup>45</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD. En el caso resuelto por la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), 17 mayo 2001 (JUR 2001\225590), el Tribunal apreció que «Telefónica» no había cumplido con este deber de información, dado que en la información remitida a sus abonados había omitido un dato esencial exigido en el (derogado) art. 5.1.a) LOPD «que es el relativo a la finalidad de la incorporación de los datos en el fichero y los destinatarios de tales datos, sin que la

«[...] el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la LOPD está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento»<sup>46</sup>.

Es el artículo 13 RGPD el que enumera las indicaciones que el responsable del tratamiento debe facilitar a la persona cuyos datos recaba<sup>47</sup>. Respecto a la prueba del cumplimiento de dicho deber de información rige el principio de libertad de forma, por lo que podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. La información deberá incluir, en todo caso, tal y como indica el artículo 12 RDLOPD, la delimitación del tratamiento o tratamientos concretos, la finalidad para los que se recaba, así como las eventuales cesiones de datos con el contenido del artículo 12.2 del citado Reglamento<sup>48</sup>. En el supuesto de que la recogida de datos se realice a través de una página web, como ha resaltado la AEPD<sup>49</sup>, las obligaciones de información suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se accede a través de enlaces como pueden ser «aviso legal» o «política de protección». Asimismo, la AEPD aprecia que el consentimiento informado:

«[...] habrá de recabarse de tal forma que resulte imposible la introducción de dato alguno sin que previamente el afectado haya conocido la advertencia que contenga las menciones a las que nos hemos referido, pudiendo servir como prueba del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir los datos sin antes haber aceptado el aviso legal al que hemos hecho referencia»<sup>50</sup>.

Si el consentimiento cumple todos los requisitos indicados, constituirá una herramienta que permitirá al interesado controlar si los datos personales que le conciernen van a ser tratados o no<sup>51</sup>. En caso contrario, «el control del interesado será meramente

---

alusión que en la circular remitida por "Telefónica" a sus clientes, en orden a esa finalidad como la de "proporcionarles los mejores servicios" suponga poner en conocimiento de los afectados –como exige la Ley– el concreto destino que se persigue con la incorporación del dato en el fichero».

<sup>46</sup> STC, Pleno, de 3 marzo 2016 (RTC 2016\39).

<sup>47</sup> En la (derogada) DPD era el artículo 10 el que enumeraba la información que el responsable del tratamiento o su representante debían comunicar a la persona de quien se recabasen los datos.

<sup>48</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD.

<sup>49</sup> Informe Jurídico 93/2008 «Formas de obtener el consentimiento mediante web: Consentimientos tácitos» de la AEPD. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2008-0093.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2021].

<sup>50</sup> Informe Jurídico 93/2008 de la AEPD.

<sup>51</sup> Como afirmó la STC 30 noviembre 2000 (RJ 2000\292), «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee

ilusorio y el consentimiento no será una base jurídica válida para el tratamiento, lo que convertirá dicha actividad de tratamiento en una actividad ilícita»<sup>52</sup>. El Tribunal Supremo ha precisado, a este respecto, que:

«el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos»<sup>53</sup>.

En cuanto a la carga de la prueba, el artículo 7, apartado 1, RGPD señala que «[c]uando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales»<sup>54</sup>. Será el responsable del fichero el que deba ofrecer prueba suficiente de la existencia del consentimiento. El TJUE recuerda, en la sentencia de 11 de noviembre de 2020, que cuando el tratamiento de los datos personales se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió «de forma inequívoca»<sup>55</sup>. Asimismo, considera en la mencionada sentencia que:

«[...] corresponde al responsable del tratamiento de los datos demostrar que el interesado ha manifestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales mediante un comportamiento activo y que ha recibido, previamente, información respecto de todas las circunstancias relacionadas con ese tratamiento, con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, que le permita determinar sin dificultad las consecuencias de dicho consentimiento, de modo que se garantice que este se otorga con pleno conocimiento de causa»<sup>56</sup>.

---

esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos».

<sup>52</sup> Directrices 5/2020 del CEPD *sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, «Introducción», § 3.

<sup>53</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 22 junio 2020 (RJ 2020\2588).

<sup>54</sup> A los efectos que aquí interesan, el Considerando (42) RGPD, dice así: «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».

<sup>55</sup> STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020\268), apartado 52.

<sup>56</sup> STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020\268), apartado 52.

En todo caso, como ha precisado la AEPD<sup>57</sup>, rige el principio de libertad de forma, tanto para la prueba de la obtención del consentimiento del interesado, como para la acreditación del cumplimiento del deber de información al mismo<sup>58</sup>. La demostración de que el titular de los datos consintió el tratamiento es una acreditación distinta y añadida a la del deber de informar, pero que se recaba a la vez y puede figurar, como será lo habitual, en el mismo documento<sup>59</sup>.

#### 4. LA EXTERIORIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

##### 4.1. *La exigencia de una manifestación de voluntad «inequívoca»*

Centrándonos en la forma de exteriorizar el consentimiento, el RGPD exige que se trate de una «manifestación de voluntad» de naturaleza «[...] 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» (art. 4.11). La LOPDPGDD reproduce, prácticamente de manera literal, la definición que proporciona el Reglamento (art. 6.1)<sup>60</sup>. Ello supone un cambio respecto al texto de la DPD, cuyo artículo 7.a) se limitaba a establecer, como regla general, que el consentimiento debía proporcionarse «de forma inequívoca»<sup>61</sup>. Esta era también la única exigencia contenida en el artículo 6.1 LOPD («El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado»)<sup>62</sup>. En relación con este calificativo de «inequívoco» expresado en la LOPD, el Tribunal Supremo había precisado que:

«[...] la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal

<sup>57</sup> Informe Jurídico 0361/2010 de la AEPD. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2010-0361.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

<sup>58</sup> En este sentido, el artículo 12.3 RDLOPD, dispone, con carácter general, que «corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho».

<sup>59</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe, *Protección de datos personales*, op. cit., p. 72.

<sup>60</sup> El artículo 6.1 LOPDPGDD se expresa en los términos siguientes: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

<sup>61</sup> La STJUE, Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 54, señala, con relación al artículo 7, letra a) DPD, en concreto, respecto a la exigencia de que el consentimiento del interesado haya sido dado «de forma inequívoca», que «solo un comportamiento activo por parte del interesado con el que manifieste su consentimiento puede cumplir este requisito».

<sup>62</sup> Para un análisis del alcance del consentimiento del interesado en la normativa precedente, GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 185 y ss.

consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos ha sido consentida de modo lo suficientemente claro para que no pueda interpretarse en otro sentido»<sup>63</sup>.

La AEPD se encargó de matizar, sobre este particular, que «cabe una declaración de voluntad expresamente formulada, o bien implícitamente prestada, pero deberá en todo caso existir y acreditarse que existe tal consentimiento»<sup>64</sup>.

El tenor del artículo 4.11 RGPD resulta más estricto que el del artículo 7.a) de la DPD, puesto que ahora se requiere una manifestación de voluntad del interesado que ha de adoptar la forma de una «declaración» o una «clara acción afirmativa» de la que se infiera su aceptación al tratamiento de datos personales que le conciernen<sup>65</sup>. Así pues, el RGPD prevé expresamente un consentimiento activo<sup>66</sup>, lo cual no significa, como vamos a ver, que se excluya el consentimiento tácito.

La redacción adoptada finalmente por el RGPD y seguida por la LOPDGDD, en cuanto a la manifestación del consentimiento, difiere de la solución propuesta por la Comisión en la Propuesta de RGPD<sup>67</sup>. Así, el artículo 4.8 de este texto (precepto equivalente al actual art. 4.11 RGPD), consideraba el consentimiento como «toda manifestación de voluntad [...] explícita, mediante la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración ya sea mediante una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». El Parlamento Europeo, en la Posición común adoptada en abril de 2014, mantuvo la versión originaria del artículo 4.8 propuesta por la Comisión en 2012. Sin embargo, la posición del Consejo, hecha pública el 21 de junio 2013, eliminó la exigencia de que el consentimiento fuera explícito y propuso una nueva redacción al artículo 4.8. Junto con la eliminación del término «explícita», y en concordancia con ello, también se propuso una nueva redacción del Cdo. 25 de la PRGPD. El texto del Consejo aprobado en junio 2015 confirmó que el consentimiento debía ser «inequívoco»<sup>68</sup>. Como se expondrá *infra*, en la redacción vigente del RGPD

<sup>63</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 27 enero 2009 (RJ 2009\110). En el caso resuelto por esta sentencia, la AEPD había impuesto a la entidad Gas Natural SDG SA, una multa por haber cedido los datos de sus abonados a otras empresas del grupo, enviándoles una carta en la que se reseñaba que, si en un mes desde su envío no recibían contestación negándose a tal cesión, se consideraba que habían obtenido el consentimiento. El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia recurrida, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad Gas Natural S.D.G., S.A.

<sup>64</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD.

<sup>65</sup> STJUE Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 61.

<sup>66</sup> STJUE Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 62.

<sup>67</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *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* (Reglamento general de protección de datos), COM(2012) 11 final, Bruselas, 25.1.2012.

<sup>68</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general», op. cit., p. 226.

tan solo se exige que el consentimiento sea «explícito» para el tratamiento de categorías especiales de datos personales [art. 9.2.a)], para la toma de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (art. 22) o para las transferencias internacionales de datos (art. 49).

El RGPD sigue partiendo de un criterio de flexibilidad en la forma de emitir el consentimiento, al admitir «toda manifestación de voluntad» (art. 4.11). El consentimiento al tratamiento de datos puede emitirse, por un lado, a través de una declaración de voluntad, unilateral y recepticia, por la que el interesado autoriza a un tercero a tratar sus datos<sup>69</sup>. Esta declaración podrá efectuarse por escrito, sea de forma manuscrita o por medios electrónicos, o a través de una declaración verbal<sup>70</sup>. Cabe también que el consentimiento se exteriorice a través de una manifestación gestual «siempre que del comportamiento del interesado se deduzca razonablemente su consentimiento»<sup>71</sup>.

#### 4. 2. *La prohibición del consentimiento inferido del silencio del afectado*

Según los arts. 4.11 RGPD y 6.1 LOPDGDD, el consentimiento requiere de una «clara acción afirmativa», o como señala el Considerando (32) RGPD, debe darse mediante «un acto afirmativo claro», de modo que el interesado debe haber actuado de forma deliberada para dar su consentimiento al tratamiento<sup>72</sup>. Lo relevante es, por tanto, que pueda apreciarse una «acción positiva» que contenga la manifestación de voluntad<sup>73</sup>. De acuerdo con estas disposiciones, no podrá inferirse el consentimiento del silencio del afectado<sup>74</sup>. Esta posibilidad no se descartaba, de forma abierta, en la DPD, cuyo artículo 7.a) se limitaba a establecer, como regla general, que debía proporcionarse el consentimiento de forma inequívoca, ni en la LOPD (art. 6.1)<sup>75</sup>. De hecho, el RDLOPD,

<sup>69</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento», op. cit., p. 97. Sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, *vid.* de este mismo autor, ob. cit., pp. 88 y ss.

<sup>70</sup> Considerando (32) RGPD.

<sup>71</sup> DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel Cecilia, «Consentimiento (Comentario al artículo 4.11 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 679-680.

<sup>72</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 3.4, «Manifestación de voluntad inequívoca», § 77; VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general», op. cit., p. 226.

<sup>73</sup> DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel Cecilia, «Consentimiento», op. cit., p. 680.

<sup>74</sup> En este sentido, el Considerando (32) RGPD manifiesta que «el silencio [...] o la inacción no deben constituir consentimiento».

<sup>75</sup> El artículo 6.1 LOPD, en consonancia con el artículo 7.a) DPD, disponía: «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». Este consentimiento debía ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) «libre, inequívoco, específico e informado». La AEPD precisó que el carácter inequívoco del consentimiento «implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado».

expresamente admitió en su artículo 14 la posibilidad de deducir el consentimiento del silencio del afectado si se cumplían determinadas exigencias<sup>76</sup>. En este sentido, la AEPD dispuso que:

«[...] el consentimiento podrá ser tácito, en el tratamiento de datos que no sean especialmente protegidos (artículo 7.2 y 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999), si bien para que ese consentimiento tácito pueda ser considerado inequívoco será preciso otorgar al afectado un plazo prudencial para que pueda claramente tener conocimiento de que su omisión de oponerse al tratamiento implica un consentimiento al mismo»<sup>77</sup>.

Cabe destacar el error que supone equiparar el consentimiento tácito con el derivado del silencio. Como vamos a ver, la regulación vigente no excluye el consentimiento tácito al tratamiento de los datos, entendiendo por tácito aquel consentimiento que no deriva de la emisión de una declaración de voluntad (que sería el expreso)<sup>78</sup>. Lo que no resulta admisible, hoy en día, es la prestación del consentimiento derivada del silencio del afectado, esto es, el consentimiento implícito o presunto<sup>79</sup>. Ciertamente, el artículo 4.11 RGPD expresamente rechaza esta solución, al exigir «una clara acción afirmativa». En consecuencia, el silencio o la inactividad del interesado no pueden considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección y, por lo tanto, no permiten deducir el consentimiento ni tratar los datos del afectado con base en el mismo<sup>80</sup>. Lo relevante es que pueda apreciarse una «acción positiva» que contenga la

---

(consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento» (Informe Jurídico 9902/2000 de la AEPD). Sobre el carácter inequívoco del consentimiento en la LOPD, GIL MEMBRADO, Cristina, «El consentimiento en las redes sociales», en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (coord.), Comares, Granada, 2015, p. 115.

<sup>76</sup> El artículo 14.2 del citado Reglamento de desarrollo de la LOPD, admite que «[e]l responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y 12.2 de este reglamento y deberá concederle un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal».

<sup>77</sup> Informe Jurídico 9902/2000 de la AEPD. Incide en esta idea ARIAS POU, María, «El consentimiento en la contratación electrónica a través de internet», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 4, 2006, p. 1533.

<sup>78</sup> En palabras de DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 67, en las declaraciones tácitas de voluntad «la conducta tenida en cuenta no es *por sí misma* significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta *se infiere que debió haber* tal voluntad (“indicio voluntatis”); añade el autor que «se les ha calificado de *tácitas*, porque resultan no de los dichos, sino de los hechos (“facta concludentia”)».

<sup>79</sup> El Informe Jurídico 0041/2022 de la AEPD pone de manifiesto que «la necesidad de que el consentimiento se derive de una clara acción afirmativa, requisito que además se refuerza con la referencia expresa a que sea explícito contenida en el artículo 9.2. del RGPD [...], excluye, en todo caso, la existencia de un consentimiento implícito o presunto».

<sup>80</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general», op. cit., p. 228.

manifestación de voluntad. En este sentido, el TJUE ha precisado que no existe consentimiento válido cuando:

«[...] la libre elección de oponerse a dicha obtención y dicha conservación se vea indebidamente obstaculizada por ese responsable, al exigir que el interesado, para negarse a dar su consentimiento, cumplimente un formulario adicional en el que haga constar esa negativa»<sup>81</sup>.

Queda prohibido, pues, que el titular de los datos tenga que actuar para evitar que sus datos sean tratados. En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha estimado que no pueden predicarse los rasgos relativos al consentimiento del afectado, contenidos en el artículo 4.11 RGPD,

«[...] de un “consentimiento” pasivo otorgado de forma negativa, esto es, como no oposición a una pregunta solicitada telefónicamente al cabo de una grabación sorpresiva como lo es una broma en las circunstancias que concurren en el caso»<sup>82</sup>.

En conclusión, la falta de una manifestación contraria al tratamiento no supone, con la regulación vigente, otorgar el consentimiento al tratamiento de datos.

#### 4.3. La admisión del consentimiento tácito

##### 4.3.1. El consentimiento derivado de un acto afirmativo del interesado

Descartado el silencio como vía de emisión del consentimiento, procede examinar si resulta válido el consentimiento tácito. Partimos de la consideración de que es tácito el consentimiento que deriva de actos concluyentes, y no de la emisión de una declaración de voluntad<sup>83</sup>. El Preámbulo de la LOPDGDD declara que el consentimiento

<sup>81</sup> STJUE 11 noviembre 2020 (TJCE 2020\268).

<sup>82</sup> STS, Sala lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 22 junio 2020 (RJ 2020\3593), (RJ 2020\2588) y (RJ 2020\2731) y 18 junio 2020 (RJ 2020\2075). En el caso resuelto por estas sentencias, la grabación de la voz del sujeto pasivo de la broma se produce por parte de una empresa a la que han proporcionado su teléfono sin que medie un consentimiento previo, y es sólo al finalizar la grabación de la broma (con el texto pregrabado de la broma y las eventuales respuestas o intentos de interlocución por el embromado) cuando se interroga al receptor de la llamada si autoriza el almacenamiento en un fichero de datos titularidad de la empresa. Entiende el Tribunal Supremo que «la solicitud de autorización tras escuchar una grabación que, sólo al final, el sujeto comprende que ha sido una broma y que le ha podido hacer gracia, pero también le ha podido originar dudas, sorpresa o alarma, difícilmente puede considerarse un consentimiento que cumpla con los requisitos estipulados en la Ley de Protección de Datos».

<sup>83</sup> Señalaba Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1993, p. 149, que la declaración tácita de voluntad contractual es «aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos (*facta concludentia*), está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de

«ha de proceder de una declaración o de una clara acción afirmativa del afectado, excluyendo lo que se conocía como “consentimiento tácito” [...]» (apartado V)<sup>84</sup>. Esta aseveración carece de la más mínima precisión técnica o, cuanto menos, resulta manifiestamente equívoca, en la medida en que implica asimilar el silencio (esto es, la falta de actuación) con el consentimiento tácito<sup>85</sup>. Se trata, además, de un razonamiento que va contra el propio tenor literal del RGPD, en cuyo Considerando (32) se nos dice que el consentimiento puede consistir en cualquier «conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales»<sup>86</sup>. Así, lo que es indiscutible es que se ha eliminado la posibilidad de deducir el consentimiento del silencio del afectado<sup>87</sup> o de la simple respuesta pasiva<sup>88</sup>. Se excluye, de este modo, el consentimiento inferido de la falta de manifestación contraria al tratamiento, pero no el que se deduce -de forma tácita- de actos concluyentes e inequívocos del interesado. Ello supone un giro respecto a la interpretación de la normativa derogada avalada por la AEPD, que reconocía la licitud del consentimiento sustentado en el silencio del afectado<sup>89</sup>. Con la

---

una voluntad oculta bajo ellos, cuanto el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás».

<sup>84</sup> Esta misma interpretación es la que subyace en la Resolución de la AEPD del procedimiento sancionador número PS/00187/2019, en la que se manifiesta que cuando el consentimiento se recaba mediante la inacción del interesado se trata de un consentimiento tácito y, por tanto, contrario al RGPD. Según se indica «[e]l RGPD excluye el consentimiento tácito y exige que sea explícito». Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00187-2019.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

<sup>85</sup> Entre los autores que parecen dar por válida esta equiparación entre silencio y consentimiento tácito, GONZALO DOMÉNECH, Juan José y BONMATÍ SÁNCHEZ, José, «Artículo 6», op. cit., p. 69, quienes señalan que «ya no es posible admitir el consentimiento tácito a la hora de legitimar el tratamiento». ADSUARA VARELA, Borja, «El consentimiento», op. cit., p. 152, parece poner de manifiesto este error cuando declara que «no cabe el (mal) llamado *consentimiento tácito*».

<sup>86</sup> AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel, «Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales», *Actualidad Civil*, núm. 5, 2021, se decanta «por la corriente que acepta el consentimiento tácito siempre y cuando se deduzca, de *facta concludentia*, la intención de prestar dicho consentimiento».

<sup>87</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general», op. cit., p. 230.

<sup>88</sup> DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel Cecilia, «Consentimiento», op. cit., p. 681.

<sup>89</sup> La AEPD, en su Informe Jurídico 93/2008, dispuso lo siguiente: «El consentimiento, salvo cuando el tratamiento se refiera a los datos especialmente protegidos, regulados por el artículo 7 de la Ley Orgánica, podrá obtenerse de forma expresa o tácita, es decir, tanto como consecuencia de una afirmación específica del afectado en ese sentido, como mediante la falta de una manifestación contraria al tratamiento, para la que se hayan concedido mecanismos de fácil adopción por el afectado y un tiempo prudencial para dar la mencionada respuesta negativa». En el mismo sentido se ha pronunciado la AEPD respecto del tratamiento de datos a través de páginas web en su Informe 49/2007 «Tratamiento de datos a través de páginas web». Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2007-0049.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

normativa vigente, en cambio, la Agencia ha descartado que el consentimiento pueda provenir de la inacción del interesado<sup>90</sup>.

Si bien el silencio y la pasividad no permiten entender que el consentimiento se ha prestado, determinados actos pueden considerarse como voluntad contractual (voluntad tácita) si son inequívocos y, dadas las circunstancias, generan razonablemente la confianza ajena de que la declaración se ha emitido<sup>91</sup>. Es decir, el consentimiento derivado del silencio ha quedado excluido, pero no el que proviene de un acto afirmativo del interesado.

En relación con esta cuestión, constituye doctrina reiterada y consolidada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>92</sup> que:

«[...] la LOPD no exige que dicho consentimiento inequívoco se manifieste de forma expresa ni por escrito [...], dado que tal consentimiento se puede producir de forma expresa, oral o escrita, o por actos reiterados del afectado que revelen que, efectivamente, ha dado ese consentimiento con los requisitos expuestos».

En el mismo sentido, la citada Sala, incidiendo en la exigencia de que el consentimiento sea inequívoco, ha indicado con reiteración que:

«[...] cualquiera que sea la forma que revista el procedimiento, éste ha de aparecer como evidente, inequívoco (que no admite duda o equivocación) pues éste, y no otro, es el significado del adjetivo [inequívoco] utilizado para calificar el consentimiento».

Estos criterios jurisprudenciales siguen siendo plenamente aplicables, de tal manera que el consentimiento inequívoco del afectado podrá prestarse de forma tácita, mediante actos concluyentes que revelen su existencia. En este sentido, como dispuso

<sup>90</sup> Cabe mencionar la Resolución del procedimiento sancionador número PS/00187/2019, instruido por la AEPD, que resuelve un caso en el que, con ocasión de un ingreso hospitalario, la reclamante hubo de rellenar un formulario donde constaba una casilla para marcar en la que se señalaba que cedía los datos a terceros si no la marcaba. La AEPD aprecia que la fórmula para obtener el consentimiento de la reclamante en el momento de su ingreso hospitalario, tanto para información a terceros como para el envío de publicidad, es inadecuada no cumpliendo los requisitos RGPD. Con este mecanismo -señala- «el consentimiento se recaba mediante la inacción del interesado (*Si no desea..., marque esta casilla*), en contra de lo establecido en el RGPD. No se trata de una acción afirmativa, sino de una pura inacción que no asegura que el interesado otorgue inequívocamente el consentimiento (normalmente cuando marcas algo es porque lo quieres, no porque no lo quieres; puede no haber entendido la doble negación; puede no haber prestado la atención debida al leer rápidamente las indicaciones en cuestión)».

<sup>91</sup> VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general», op. cit., p. 230.

<sup>92</sup> Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 26 noviembre 2020 (RJ 2020\5044). En el mismo sentido, entre otras muchas, SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 18 diciembre 2020 (JUR 2021\66150).

la STS de 17 de abril de 2007<sup>93</sup>, resulta «incongruente hablar de consentimiento tácito cuando ni siquiera se ha producido la necesaria información a los titulares sobre la existencia de tal tratamiento y fichero». El Tribunal Supremo ha apreciado, por ejemplo, que «no cabe presumir, de forma segura e indudable, el consentimiento de los interesados al tratamiento de sus datos por el hecho de conectarse a una red P2P»<sup>94</sup>.

De acuerdo con lo establecido en las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679<sup>95</sup>, adoptadas por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), el 4 de mayo de 2020<sup>96</sup>, en las que se proporciona un análisis exhaustivo de la noción de consentimiento que figura en el RGPD<sup>97</sup>, no puede considerarse como una indicación activa de haber realizado una elección y, por ende, de que se ha prestado un consentimiento válido al uso de datos personales, el simple hecho de continuar con un servicio<sup>98</sup>. En concreto, en el ámbito digital, 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<sup>99</sup>. Acciones tales como hacer desfilarse una página web o navegar en una página web o una actividad similar del usuario en ningún caso satisfarán la exigencia de una clara acción afirmativa. Tampoco puede apreciarse que hay consentimiento por la aceptación global de los términos y condiciones generales del contrato. No se entiende tampoco suficiente para la obtención de un consentimiento inequívoco la genérica inclusión de la información en algún lugar de una página web. Será posible entender prestado el consentimiento siempre que, una vez ofrecida información suficiente, se advierta que en caso de seguir navegando en la página web en cuestión se entenderá que se consiente el tratamiento; pero para que el

<sup>93</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 17 abril 2007 (RJ 2007\3295).

<sup>94</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 3 octubre 2014 (RJ 2014\4718). Declara el Tribunal Supremo en esta sentencia que «(e)l hecho de que un usuario de red P2P conozca que su dirección IP es visible y puede ser conocida, no significa que acepte de forma inequívoca su uso y tratamiento por terceros, ni que consienta de forma específica el tratamiento de sus datos que pretende la parte recurrente» y concluye que «no puede equipararse el conocimiento por el titular de que su dirección IP es visible en las redes P2P, con su consentimiento para su tratamiento automatizado junto con otros datos de su tráfico».

<sup>95</sup> El 10 de abril de 2018, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29) adoptó sus Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento 2016/679 (WP259.01), que fueron aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos en su primera reunión plenaria. Como se indica en el Prefacio de las Directrices 5/2020 (p. 4), cualquier referencia a las Directrices sobre el consentimiento del GT29 (WP259, rev. 01) debe entenderse como referencia a estas Directrices.

<sup>96</sup> La versión 1.1 de las Directrices, adoptada el 13 de mayo de 2020, contiene correcciones de formato.

<sup>97</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, «Introducción», § 1.

<sup>98</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 3.4, «Manifestación de voluntad inequívoca», § 79.

<sup>99</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 3.4, «Manifestación de voluntad inequívoca», § 84.

consentimiento sea previo e inequívoco, deberá implantarse algún medio técnico que asegure que la lectura de dicho apartado ha tenido lugar, como mediante una banda informativa estática en la parte superior de la página, una capa o DIV, una ventana desplegable, la marcación expresa de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada, o cualquier otro medio técnico que asegure su lectura, de forma que posteriormente pueda acreditarse la prestación del consentimiento<sup>100</sup>.

Pueden considerarse, asimismo, como una acción afirmativa clara con arreglo al RGPD los movimientos físicos. Por ejemplo, en las comunicaciones por internet, se ha estimado que 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<sup>101</sup>. 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<sup>102</sup>.

#### 4.3.2. La selección de una casilla de un sitio web en internet

Respecto a la forma de manifestar el consentimiento, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas declara en su Considerando (17) que:

«[...] El consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet».

Cabe resaltar que, conforme al RGPD, el consentimiento del interesado puede consistir en «una clara acción afirmativa», como podría ser, según se manifiesta en el Considerando (32), «marcar una casilla de un sitio web en internet»<sup>103</sup>. Pero una cosa

<sup>100</sup> Informe Jurídico 0261/2012 de la AEPD. En este informe se concluye que no puede entenderse prestado el consentimiento mediante la inclusión en la website de una empresa de un aviso en el que se informa del tratamiento que se efectuará de los datos personales en el caso de producirse accesos no autorizados a los productos de la compañía, aun cuando expresamente se señale que, en caso de acceder a los productos de forma no autorizada, se considerará que el usuario consiente al tratamiento señalado.

<sup>101</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 3.4, «Manifestación de voluntad inequívoca», § 85. En el citado § 85 se indica el ejemplo siguiente: «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».

<sup>102</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 3.4, «Manifestación de voluntad inequívoca», § 85.

<sup>103</sup> Para un análisis sobre la adaptación al RGPD de las políticas de privacidad en Internet, *vid.* el «Informe sobre Políticas de Privacidad en Internet. Adaptación al RGPD», elaborado por la AEPD (septiembre de

es permitir que el consentimiento se preste mediante la marcación de una casilla y otra bien distinta es deducirlo de una casilla premarcada de la que el interesado no elimina la marca de su consentimiento, como vamos a analizar en el apartado siguiente.

El RDLOPD contempla esta posibilidad de prestar el consentimiento mediante la selección de una casilla, en su artículo 15, respecto a las solicitudes de tratamiento en el marco de la celebración de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual<sup>104</sup>. La norma prevé «la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato» como mecanismo para que el afectado «manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos». Sin embargo, la exigencia reiterada contenida en el RGPD (art. 4.11), de que el consentimiento provenga de una «manifestación de voluntad [...] por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen», impide otorgar valor de consentimiento al silencio del afectado, consistente en la falta de manifestación expresa de su negativa al tratamiento mediante la marcación de una casilla.

#### 4.3.3. Las casillas premarcadas

Cabe preguntarse si es válida la prestación del consentimiento al tratamiento de los datos personales mediante una casilla marcada por defecto. El RDPD no deja lugar a dudas cuando, en su Considerando (32), señala que «el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento». Nada se decía sobre el particular en la Directiva previa ni en la normativa española derogada.

La emisión del consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales mediante una casilla ya marcada, ha sido, hasta la fecha, objeto de análisis en dos sentencias del TJUE: la primera, es una sentencia de la Gran Sala, de 1 de octubre de 2019, caso *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Planet49 GmbH*<sup>105</sup>; la segunda, es la

---

2018). Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-politicas-de-privacidad-adaptacion-RGPD.pdf> [Consulta: 20 diciembre 2022].

<sup>104</sup> Con todo, es cierto que «en la sociedad de la información, muchos servicios necesitan datos personales para funcionar, por lo tanto, los titulares de datos reciben múltiples solicitudes de consentimiento que necesitan respuestas a través de clicks, lo que puede tener como resultado un cierto grado de “fatiga de click”, una situación donde las preguntas de consentimiento ya no se leen» [VALDECANTOS, Maitane, «El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2018 (Ejemplar dedicado a Protección de Datos: entre el RGPD y la nueva LOPD)].

<sup>105</sup> Asunto C-673/17 (TJCE 2019\209). Vid. un comentario a esta sentencia en PEREA CRESPILO, Gil Manuel, «El consentimiento del interesado en el tratamiento de datos de carácter personal. Especial

sentencia, de la Sala Segunda, de 11 de noviembre de 2020, caso Orange România, SA y Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)<sup>106</sup>. En ambos casos, el consentimiento de los afectados al tratamiento de sus datos se había prestado mediante una casilla premarcada. Sin embargo, en la sentencia de 2019 se trataba de una casilla ya marcada en un sitio web en Internet; mientras que, en el caso de la sentencia de 2020, se habían celebrado por escrito unos contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones móviles con personas físicas<sup>107</sup>, y en dichos contratos se había insertado una cruz en la casilla correspondiente a la cláusula relativa a la conservación de copias de documentos que contenían datos personales con fines de identificación.

En ambas sentencias, en las fechas en que se remitieron las peticiones de decisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, no había entrado en vigor el RGPD que, como sabemos, tuvo lugar el 25 de mayo de 2018. Por tanto, la DPD del 95 era la norma aplicable *ratione temporis* a ambos litigios. No obstante, sendas sentencias responden a las cuestiones prejudiciales planteadas tomando en consideración tanto la DPD como el RGPD. Es más, según el TJUE, la interpretación que lleva a cabo respecto a la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales se impone, con mayor motivo, a la luz del RGPD<sup>108</sup>.

El TJUE, en la sentencia de la Gran Sala, de 1 de octubre de 2019<sup>109</sup>, aprecia que el consentimiento no se presta de manera válida cuando el almacenamiento de

---

consideración a las condiciones para la obtención del consentimiento en el uso de cookies: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, en el Asunto C-673/17», *Revista VLex de Derecho Administrativo*, núm. 1-2020, enero 2020.

<sup>106</sup> Asunto C-61/19 (TJCE 2020\268).

<sup>107</sup> Respecto al tratamiento de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, *vid.*, CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes y MARROIG POL, Lorenzo, *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Agencia de Protección de Datos. Premio Protección de Datos Personales. V Edición, Madrid, 2001.

<sup>108</sup> STJUE 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 60.

<sup>109</sup> TJCE 2019\209. Esta sentencia deriva de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán. La petición se presenta en el contexto de un litigio entre la Federación de Organizaciones y Asociaciones de Consumidores — Federación de Organizaciones de Consumidores de Alemania y Planet49 GmbH, sociedad que ofrecía juegos en línea, en relación con el consentimiento prestado por los participantes en un juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad, el 24 de septiembre de 2013, con el que autorizaban la transmisión de sus datos personales a patrocinadores y empresas colaboradoras de dicha sociedad, el almacenamiento de información y el acceso a información almacenada en su equipo terminal. La petición de decisión prejudicial tuvo por objeto la interpretación de los arts. 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE, en relación con el artículo 2, letra h), DPD, y con el artículo 6, apartado 1, letra a), RGPD. En concreto, una de las cuestiones prejudiciales planteadas fue si existía consentimiento válido cuando el almacenamiento de información o la obtención de acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de internet a través de cookies, se autorizaba a través de una casilla ya marcada de la

información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet, a través de «cookies», se autoriza mediante una casilla marcada por defecto por el proveedor del servicio de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento<sup>110</sup>. El TJUE valora, en esta sentencia<sup>111</sup>, tal y como subrayó el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, que la exigencia de una «manifestación» de voluntad del interesado sugiere claramente un comportamiento activo y no pasivo. Y que el consentimiento dado mediante una casilla marcada por defecto no implica un comportamiento activo por parte del usuario de un sitio de Internet. Añade el Tribunal de Justicia, en esta sentencia, que, en estos supuestos:

«parece prácticamente imposible determinar de manera objetiva si el usuario de un sitio de Internet ha dado efectivamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales al no quitar la marca de una casilla marcada por defecto y si dicho consentimiento ha sido dado, en todo caso, de manera informada. En efecto, no puede descartarse que dicho usuario no haya leído la información que acompaña a la casilla marcada por defecto, o que ni tan siquiera la haya visto, antes de proseguir con su actividad en el sitio de Internet que visita»<sup>112</sup>.

En la posterior STJUE de 11 de noviembre de 2020<sup>113</sup>, se trataba de determinar si se había prestado el consentimiento en un caso en que los contratos del proveedor de servicios de telecomunicaciones móviles contenían una cláusula conforme a la cual los clientes interesados habían sido informados y habían dado su consentimiento, pero la casilla relativa a dicha cláusula ya había sido marcada por los agentes comerciales antes de que esos clientes procedieran a la firma, obteniendo y conservando copias de documentos de identidad de los mismos. Para el Tribunal de Justicia, un contrato relativo a la prestación de servicios de telecomunicaciones que contiene una cláusula conforme a la cual el interesado ha sido informado y ha consentido en la obtención y la conservación de una copia de su documento de identidad con fines de identificación, no permite demostrar que esa persona haya dado válidamente su consentimiento para dicha obtención y dicha conservación, en el sentido de las referidas disposiciones,

---

que el usuario debía retirar la marca en caso de que no deseara prestar su consentimiento. En concreto, la casilla marcada por defecto, tenía la siguiente redacción: «Presto mi consentimiento para el uso del servicio de análisis de páginas web Remintrex. En consecuencia, el organizador del juego con fines promocionales, [Planet49], instalará cookies una vez me haya registrado para en el juego, lo que le permitirá analizar mi comportamiento de navegación y uso de páginas web de socios publicitarios y enviarme publicidad específica conforme a mis intereses a través de Remintrex. Puedo cancelar las cookies en cualquier momento. Aquí puede obtener más información».

<sup>110</sup> Apartados 57, 63, 65 y apartado primero del fallo.

<sup>111</sup> Apartado 52.

<sup>112</sup> Apartado 55.

<sup>113</sup> TJCE 2020\268.

cuando «la casilla referente a dicha cláusula haya sido marcada por el responsable del tratamiento de datos antes de la firma del contrato». Como vemos, el TJUE se pronuncia sobre la validez del consentimiento prestado mediante la marcación de una casilla, exigiendo un comportamiento activo del interesado, que no concurre cuando la casilla ha sido marcada por el responsable del tratamiento de datos antes de la firma del contrato. A este respecto, la sentencia recuerda que, si bien la expresión del consentimiento puede realizarse marcando una casilla de un sitio web en internet, no constituye consentimiento las casillas marcadas por defecto.

Cabe afirmar, por tanto, que la expresión del consentimiento al tratamiento de los datos personales puede realizarse marcando una casilla, ya sea de un contrato en papel o de un sitio web en internet. A este respecto, si bien el Considerando (32) RGPD precisa que la expresión del consentimiento puede realizarse marcando una casilla de un sitio web en Internet, nada impide que se aplique el mismo criterio a los contratos que han sido formulados en papel. Por el contrario, el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales no puede inferirse de una casilla de aceptación ya marcada. Una casilla premarcada, que no se desactiva por el interesado o que requiere que el afectado manifieste su negativa de manera activa (como sería cumplimentando un formulario adicional en el que haga constar esa negativa), no constituye consentimiento.

#### 4.4. *La exigencia de un consentimiento «explícito»*

Contempla el RGPD una serie de situaciones en las que el tratamiento de datos exige que el consentimiento del interesado se manifieste con carácter «explícito»<sup>114</sup>. Esta exigencia en la manifestación del consentimiento se aplica a categorías especiales de datos personales (art. 9.1)<sup>115</sup>, cuyo tratamiento, como premisa general, resulta prohibido<sup>116</sup>. A este respecto, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la reciente

<sup>114</sup> Como se indica en las Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 4, «Obtención del consentimiento explícito», § 91, «(e)l 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».

<sup>115</sup> Conforme a este precepto, son los datos personales «que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales [sic] de una persona física».

<sup>116</sup> El tratamiento de estos datos resulta permitido cuando el interesado de su consentimiento explícito, «con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado» (art. 9.2 RGPD). Por su parte, el artículo 9.1 LOPDGDD, dispone lo siguiente: «A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo

sentencia de 7 de marzo de 2022<sup>117</sup>, ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por la Asamblea Nacional Catalana<sup>118</sup>, con fundamento en que la encuesta que promovió, junto con la entidad Òmnium Cultural, y que contenía un cuestionario de seis preguntas (las cinco primeras sobre las prioridades de Cataluña «cuando fuera un estado» y la sexta relativa a si el encuestado iría a votar en la consulta del 9 de noviembre de 2014), suponía un tratamiento de datos personales atinentes a la ideología de los encuestados que no había contado con el consentimiento expreso y por escrito de sus titulares. En concreto, la encuesta se había realizado tratando no solo los datos personales de los encuestados que dieron su consentimiento expreso y por escrito, sino también los de aquellos que no lo dieron, lo que supuso un incumplimiento del art. 7.2 de la LOPD, a la sazón aplicable.

Se requiere también un consentimiento reforzado, de carácter explícito, para la toma de decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (art. 22) y para las transferencias de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas (art. 49).

Partiendo de que el RGPD estipula que el requisito previo de un consentimiento «normal» es «una declaración o una clara acción afirmativa», procede aclarar qué esfuerzos adicionales debería realizar el responsable del tratamiento con el fin de obtener el consentimiento «explícito» del interesado en consonancia con el RGPD<sup>119</sup>. En las Directrices 5/2020<sup>120</sup> se indica que el término explícito significa que el interesado

---

consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda». *Vid.* el comentario de REBOLLO DELGADO, Lucrecio, «Las condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos (Comentario al artículo 9 RGPD y artículo 9 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1013-1039.

<sup>117</sup> RTC 2022\31.

<sup>118</sup> La entidad Asamblea Nacional Catalana interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 febrero 2019 (RJCA 2019\63), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad frente a la resolución de la AEPD que acordó imponerle una sanción de 200.000 euros, por cometer una infracción muy grave de la LOPD, consistente en tratar datos de ideología sin consentimiento de los interesados. El recurso de amparo se fundamenta en la violación de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El recurso sostuvo también que la interpretación tan amplia que la sentencia recurrida daba al derecho de protección de datos (art. 18.4 CE) dejaba vacíos de contenido los referidos derechos que garantiza el art. 24 CE, con incidencia en los derechos de libertad ideológica, expresión y asociación (arts. 16.1, 20.1 y 22 CE).

<sup>119</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 4, «Obtención del consentimiento explícito», § 92.

<sup>120</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 4, «Obtención del consentimiento explícito», § 93 y 94.

debe realizar una declaración expresa de consentimiento, como sería una declaración escrita. No obstante, también se precisa que:

«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».

En el contexto digital o en línea, se considera que 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. El uso de declaraciones verbales también puede ser una forma lo suficientemente manifiesta de expresar el consentimiento explícito (por ejemplo, mediante una conversación telefónica), si bien 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<sup>121</sup>. Asimismo, se admite que el responsable del tratamiento pueda 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»<sup>122</sup>. Esta última fórmula, ciertamente, no parece que cubra las exigencias de la manifestación explícita del consentimiento.

El consentimiento explícito del usuario también es exigido en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas<sup>123</sup>, para el supuesto de cambio de proveedor de servicios de acceso a internet, en cuyo caso, el proveedor receptor y el proveedor donante «no cambiarán números o cambiarán usuarios finales *sin su consentimiento explícito*» (art. 106.6).

##### 5. EL CONSENTIMIENTO A LA COLOCACIÓN DE «COOKIES»

El tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas alcanza una especial relevancia en relación a las llamadas «cookies», esto es, los archivos o programas informáticos que almacenan información en el equipo de un usuario y permiten que se acceda a ésta<sup>124</sup>. Estos dispositivos

<sup>121</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 4, «Obtención del consentimiento explícito», § 94.

<sup>122</sup> Directrices 5/2020 del CEPD, apartado 4, «Obtención del consentimiento explícito», § 96.

<sup>123</sup> Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas («DO» 2018, L 321/36).

<sup>124</sup> Apartado V del Preámbulo del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones

pueden facilitar la navegación por la red, pero con su uso pueden desvelarse aspectos de la esfera privada de los usuarios, por lo que es importante que los usuarios estén adecuadamente informados y dispongan de mecanismos que les permitan preservar su privacidad<sup>125</sup>.

Conforme al artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas:

«[...] los Estados miembros velarán por que únicamente se permita el almacenamiento de información, o la obtención de acceso a la información ya almacenada, en el equipo terminal de un usuario cuando dicho usuario haya dado su consentimiento después de que se le haya facilitado información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46»<sup>126</sup>.

En lo que respecta a la génesis de este artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, la versión inicial de esta disposición solo establecía el requisito de que el usuario tuviera el «derecho de negarse» a la colocación de «cookies», después de haber recibido, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46, información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos. La Directiva 2009/136 introdujo una modificación sustancial en la redacción de esta disposición, sustituyendo esta expresión por los términos «dado su consentimiento»<sup>127</sup>.

En lo que concierne al tenor de este artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, el TJUE ha señalado, en la sentencia de 1 de octubre de 2019<sup>128</sup>, que:

«[...] si bien esta disposición establece expresamente que el usuario debe haber “dado su consentimiento” a la colocación de *cookies* en su equipo terminal y a la consulta de estas, la referida disposición no contiene, en cambio, indicación alguna sobre el modo en que debe darse dicho consentimiento. No obstante, los términos “dado su consentimiento” se prestan a una interpretación literal, según la cual se precisa una acción del usuario para que este exprese su consentimiento. A este respecto, del Considerando (17) de la Directiva 2002/58 se desprende que, a efectos de esta Directiva, el consentimiento de un usuario podrá darse por cualquier medio apropiado que permita

---

electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

<sup>125</sup> Apartado V del Preámbulo del Real Decreto-ley 13/2012.

<sup>126</sup> El Considerando (24) de la Directiva 2002/58 parte de la consideración de que «[l]os equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

<sup>127</sup> STJUE Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 56.

<sup>128</sup> STJUE Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 49.

la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, «mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet».

«Así pues, la génesis del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58 muestra que el consentimiento del usuario ya no puede presumirse y debe resultar del comportamiento activo de este último»<sup>129</sup>.

El CEPD<sup>130</sup>, partiendo de que las disposiciones sobre el consentimiento del RGDP son aplicables en el contexto de las normas sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, ha establecido que:

«[...] la necesidad de que el consentimiento se otorgue de forma verdaderamente libre debe impedir que los proveedores de servicios utilicen prácticas desleales como las soluciones “todo o nada”, que supeditan el acceso a los servicios y funcionalidades a que el usuario consienta que se almacene información o se acceda a información ya almacenada en su equipo terminal (los denominados “muros de cookies”).»

El CEPD insiste en la necesidad de incluir «una disposición explícita en el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas para consagrar esa prohibición, con objeto de que los usuarios puedan aceptar o rechazar la elaboración de perfiles»<sup>131</sup>.

En relación con la forma efectiva de obtener el consentimiento por parte de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles, el CEPD considera que el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas debe mejorar la situación actual restableciendo el control por parte de los usuarios y subsanando la cuestión del «hartazgo del consentimiento»<sup>132</sup>. El CEPD aprecia que:

«Los ajustes de privacidad deben preservar el derecho a la protección de los datos personales y la integridad de los terminales de los usuarios por defecto, así como permitir a los usuarios expresar y retirar su consentimiento de manera fácil, vinculante y oponible frente a todas las partes».

A nivel nacional, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), prevé en su artículo 22.2 que los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación

<sup>129</sup> STJUE Gran Sala, 1 octubre 2019 (TJCE 2019\209), apartado 56.

<sup>130</sup> Declaración 03/2021, relativa al Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, adoptada el 9 de marzo de 2021, p. 3.

<sup>131</sup> Declaración 03/2021, relativa al Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, adoptada el 9 de marzo de 2021, pp. 3-4.

<sup>132</sup> Declaración 03/2021, relativa al Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, adoptada el 9 de marzo de 2021, p. 4.

de datos en equipos terminales de los destinatarios (las denominadas «cookies»), a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización<sup>133</sup>, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la LOPD (remisión que en la actualidad se ha de interpretar hecha al RGPD y a la LOPDGD)<sup>134</sup>. En consecuencia, para la utilización de las «cookies», en principio, será necesario obtener el consentimiento del usuario<sup>135</sup>. Este consentimiento, según ha precisado la APDC<sup>136</sup>, podrá emitirse mediante fórmulas expresas (como sería haciendo clic en un apartado que indique «consiento», «acepto», u otros términos similares). La AEPD estima que también podrá obtenerse infiriéndolo de una inequívoca acción realizada por el usuario, en un contexto en que a éste se le haya facilitado información clara y accesible sobre las finalidades de las «cookies» y de si van a ser utilizadas por el mismo editor y/o por terceros, de forma que quepa entender que el usuario acepta que se instalen «cookies». Se aprecia que, en ningún caso, la mera inactividad del usuario implica la prestación del consentimiento por sí misma. Es por ello por lo que no se consideran admisibles las casillas premarcadas a favor de aceptar «cookies»<sup>137</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El nuevo enfoque del RGPD, al situar el consentimiento del interesado al mismo nivel que las restantes causas habilitantes del tratamiento de los datos personales, implica desconocer el valor fundamental de la autodeterminación como mecanismo legitimador del tratamiento de los datos de carácter personal.

En la normativa precedente y en la regulación actual, la validez del consentimiento prestado por el interesado al tratamiento de sus datos requiere una manifestación de

<sup>133</sup> En este sentido, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 8 mayo 2015 (JUR 2015\154993), sanciona a dos empresas por vulneración de lo previsto en el artículo 22.2 LSSI, habida cuenta que quedó acreditada la instalación de cookies no exentas en los equipos terminales de los usuarios que visitaban las páginas web titularidad de ambas entidades sin que éstas proporcionasen a los mismos una información clara y completa sobre el uso y finalidades de las cookies que se descargaban en sus terminales.

<sup>134</sup> Con anterioridad a la reforma operada en el artículo 22 LSSI por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se efectúa la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/136/CE, no se exigía el consentimiento para la colocación de las cookies. El artículo 22.2, párrafo primero, LSSI se expresaba entonces en los términos siguientes: «Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito».

<sup>135</sup> Existen una serie de casos en que las cookies se utilizan exclusivamente para finalidades respecto de las que no es necesario obtener el consentimiento (artículo 22.2, *in fine*, LSSI).

<sup>136</sup> Agencia Española sobre Protección de Datos, *Guía sobre el uso de las cookies*, julio 2020, p. 23.

<sup>137</sup> Agencia Española sobre Protección de Datos, *Guía sobre el uso de las cookies*, julio 2020, p. 21.

voluntad libre, específica, informada e inequívoca. La novedad del RGPD y de la LOPDPGDD radica en la exigencia de que la manifestación de voluntad del interesado ha de adoptar la forma de una «declaración» o una «clara acción afirmativa» de la que se infiera su aceptación al tratamiento de los datos personales que le conciernen. La regulación vigente no excluye el consentimiento tácito al tratamiento de los datos, entendiendo por tácito aquel consentimiento que no deriva de la emisión de una declaración de voluntad (que sería el expreso). Lo que no resulta admisible es la prestación del consentimiento derivada del silencio del afectado.

La expresión del consentimiento al tratamiento de los datos personales puede realizarse marcando una casilla, ya sea de un contrato en papel o de un sitio web en internet. Por el contrario, el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales no puede inferirse de una casilla de aceptación ya marcada. Una casilla premarcada, que no se desactiva por el interesado o que requiere que el afectado manifieste su negativa de manera activa (como sería cumplimentando un formulario adicional en el que haga constar esa negativa), no constituye consentimiento.

Respecto al consentimiento a la colocación de «cookies», el consentimiento del usuario ya no puede presumirse y debe resultar de un comportamiento activo. Este consentimiento podrá emitirse mediante fórmulas expresas, pero también se puede obtener infiriéndolo de una inequívoca acción realizada por el usuario. No se admite, en cambio, como prestación del consentimiento la mera inactividad del usuario (como acontece en el caso de las casillas premarcadas a favor de aceptar «cookies»).

#### BIBLIOGRAFÍA

ADSUARA VARELA, Borja, «El consentimiento», en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), Reus, Madrid, Colección Derecho Administrativo, 2016, pp. 151-170.

ARIAS POU, María, «El consentimiento en la contratación electrónica a través de internet», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 4, 2006, pp. 1527-1535.

AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel, «Privacidad, smartphones y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales», *Actualidad Civil*, núm. 5, 2021

CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes y MARROIG POL, Lorenzo, *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las*

*telecomunicaciones*, Agencia de Protección de Datos. Premio Protección de Datos Personales. V Edición, Madrid, 2001.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, Isabel Cecilia, «Consentimiento (Comentario al artículo 4.11 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 679-692.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en AA.VV., *Protección de Datos Personales*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2015.

GIL MEMBRADO, Cristina, «El consentimiento en las redes sociales», en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, APARICIO VAQUERO, Juan Pablo y BATUECAS CALETRÍO, Alfredo (coord.), Comares, Granada, 2015, pp. 105-135.

GONZALO DOMÉNECH, Juan José y BONMATÍ SÁNCHEZ, José, «Artículo 6», en *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, ARENAS RAMIRO, Mónica y ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (dirs.), Sepin, Madrid, 2019, pp. 69-72.

LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe, *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, «El consentimiento y el derecho a la protección de datos de carácter personal», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, pp. 267-281.

PEREA CRESPILO, Gil Manuel, «El consentimiento del interesado en el tratamiento de datos de carácter personal. Especial consideración a las condiciones para la obtención del consentimiento en el uso de cookies: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, en el Asunto C-673/17», *Revista VLex de Derecho Administrativo*, núm. 1-2020, enero 2020.

POLO ROCA, Andoni, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 165-194.

PUENTE ESCOBAR, Agustín, «Principios y licitud del tratamiento», en *Tratado de Protección de Datos*, Rallo Lombarte, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115-168.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, «Las condiciones de tratamiento de categorías especiales de datos (Comentario al artículo 9 RGPD y artículo 9 LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1013-1039.

SEMPERE SAMANIEGO, Francisco Javier, «La licitud del tratamiento (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y disposición adicional duodécima LOPDGDD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, T. I, TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 925-944.

VALDECANTOS, Maitane, «El consentimiento como base legitimadora del tratamiento en el Reglamento europeo de protección de datos», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2018 (Ejemplar dedicado a Protección de Datos: entre el RGPD y la nueva LOPD).

VILASAU SOLANA, Mònica, «Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?», en *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, GARCÍA MAHAMUT, Rosario y TOMÁS MALLÉN, Beatriz (edit.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209-236.

- «El consentimiento general y de menores», en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 197-250.

FECHA DE RECEPCIÓN: 13.10.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 19.12.2022