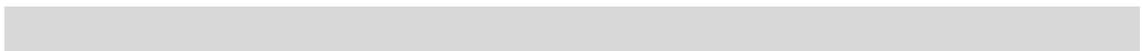


COMPROMISO
nuevas economías
empatía
GLOBALIDAD
TRANSPARENCIA
profesionalidad
método
Comunidad
honestidad
tecnología
Modernidad
Avanzar
Corazón
Innovación
TRANSPARENCIA
Construir
éxito.



TRATAMIENTO BASADO EN EL CONSENTIMIENTO. REQUISITOS

Diciembre de 2017



TRATAMIENTO BASADO EN EL CONSENTIMIENTO

Como comentamos en nuestra entrega de mes de noviembre, el consentimiento sigue siendo una de las seis bases legales para el tratamiento de datos personales (Art. 6.1.a RGPD):

El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos*

El nuevo Reglamento (Arts. 6,7 y Considerandos 32, 42,43) proporciona mayor claridad y especificación de los requisitos para obtener y demostrar el consentimiento válido:

1.- Como **regla general**, para que el consentimiento constituya una base legal apropiada para el tratamiento de datos personales, éste debe **permitir al interesado el control sobre sus datos**, en el sentido de poder controlar (aceptar/rechazar) si se tratarán o no los datos personales que les atañen. Lo cual exige ofrecer al interesado la opción de elegir, sin que la aceptación o el rechazo de las condiciones ofrecidas le sea perjudicial al interesado. Solo así obtendremos un consentimiento válido, que legitime el tratamiento. En caso contrario, la actividad y tratamiento que lleve a cabo nuestra organización, se convertirá en ilícita, y la sanción ante una infracción de esta naturaleza, elevada.

El 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

Para poder tomar una decisión "**libre**", los interesados, como mínimo, deben saber previamente para quién (la identidad del responsable del tratamiento) y para qué (los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales).

Dicha información debe proporcionarse previamente al tratamiento de los datos, de forma concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso, y en un lenguaje claro y sencillo, en particular cuando se dirige a menores.

Se presume que no se ha dado libremente el consentimiento, cuando:

- a) el cumplimiento de un contrato, o prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.
- b) cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales, pese a ser adecuado en el caso concreto
- c) exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento (por ej. AAPP, empleado-trabajador)

2.- Requisitos del consentimiento:

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

2.1.- ¿**Como debe prestarse** el consentimiento? Art. 7 RGPD:

2.1.1. Mediante una declaración afirmativa o una clara acción/conducta afirmativa e inequívoca que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales:

- *SI es válida*: una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos (casilla de un sitio web) o una declaración verbal (pero no es aconsejable ya que podríamos tener serios problemas para demostrar el consentimiento así obtenido)
- *NO es válido*: el obtenido de forma tácita (casillas premarcadas, la inacción o silencio)

2.1.2. Explícito (expreso): si se trata de categoría especiales de datos (origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud, vida u orientación sexual). Por lo general, el consentimiento explícito o expreso se debe recoger por escrito.

2.1.3. Menores (el nuevo proyecto de LOPD, establece en 13 años la edad mínima para poder otorgar un consentimiento válido por los menores en el ámbito de la oferta directa de servicios de la sociedad de la información). En otro caso, se debe contar con la autorización de los padres o tutores legales.

2.1.4. Si es para varios fines, se deberá recabar el consentimiento para todos ellos

2.1.5. Podrá ser revocable: el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. Deberá ser tan fácil dar el consentimiento como retirarlo.

2.2.- ¿**Como debe facilitarse** la solicitud del consentimiento?

2.2.1. De forma separada al resto de términos y condiciones, que se distinga claramente de los demás asuntos.

2.2.2. De manera inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo y que no contenga cláusulas abusivas.

2.3.- La empresa u organización debe ser capaz de **demostrar** el consentimiento otorgado por los interesados para cada finalidad.

Esta es una de las implicaciones del nuevo principio de “*responsabilidad proactiva*” o “*accountability*” que instaura el RGPD. No solo debemos cumplir la norma, sino estar en condiciones de poder demostrarlo. No es suficiente recabar el consentimiento (inequívoco/explicito) sino que tenemos que documentarlo, contar con las evidencias que nos permitan acreditarlo ante la autoridad de control (AEPD) o el propio interesado.

Deberemos demostrar:

- (i) quién (identificación titular datos), cuándo (fecha, time stamping, cómo consintió el interesado (off/on line, teléfono),
- (ii) que información previa se le facilitó (avisos legales/política de privacidad),
- (iii) el documento o captura de los datos firmado, o, en su caso, la grabación que incluya el consentimiento dado

3.- ¿Debe mi empresa u organización volver a recabar de nuevo todos los consentimientos que tuviere obtenidos? Los tratamientos iniciados con anterioridad al inicio de la aplicación del RGPD (mayo 2018) sobre la base del consentimiento **seguirán siendo legítimos siempre que** ese consentimiento **se hubiera**

prestado conforme a los nuevos términos del RGPD, es decir, mediante una manifestación o acción afirmativa y debidamente documentado (pruebas/evidencias). Por tanto, en este caso, **no será necesario** recabar nuevamente el consentimiento.

La Agencia Española de Protección de Datos, recomienda durante este periodo de tiempo hasta la aplicación del RGPD:

1. No seguir obteniendo consentimientos por omisión (tácitos), y
2. Revisar los tratamientos para que, a partir de mayo 2018, se hayan adecuados a las previsiones del RGPD:
 - a. Obteniendo un consentimiento de los interesados acorde con las disposiciones del RGPD
 - b. Valorando si los tratamientos afectados pueden apoyarse en otra base legal, como puede ser, entre otras, el interés legítimo del responsable o del cesionario de los datos, que prevalezca sobre los derechos del interesado

CONCLUSIONES:

1. El consentimiento debe ser previamente informado
2. Ser prestado mediante una declaración o clara acción afirmativa
3. Recogerse para todas las finalidades previstas de tratamiento.
4. De forma explícita, en el caso de categorías especiales de datos (sensibles)
5. No será válido si se recoge de forma tácita, inacción, silencio, casillas premarcadas
6. No será preciso recoger de nuevo el consentimiento de los interesados, si se hubiera obtenido en su momento conforme a los términos del nuevo reglamento
7. Y en todo caso: demostrarlo (contar con evidencias, prueba)

*Cuando el tratamiento se lleve a cabo sobre la base del consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser **capaz de demostrar** que aquel ha dado su **consentimiento** a la operación de tratamiento.*

Madrid, diciembre de 2017

C/ Velázquez, 78 - 1º
28001 - Madrid
T +34 911 433 038
F +34 917 915 674
info@lifeabogados.com

lifeabogados.com