



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: El consentimiento para las interacciones por voz en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: ¿la voz como vehículo comunicativo, como dato personal necesario para la ejecución de los contratos o como contraprestación?

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: 4. Cuestiones de actualidad en materia de contratación electrónica en el contexto del mercado único digital de la UE.

NOMBRE Y APELLIDOS: Julia Ammerman Yebra

PROFESIÓN: Investigadora Posdoctoral de Derecho civil

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Doctora por la Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN:

1. Introducción

La voz es un instrumento de comunicación y de expresión, e incluso en algunos casos un instrumento artístico y de trabajo. También es un rasgo que nos identifica de manera única y que refleja nuestra personalidad, extremo que, en nuestra opinión, la hace merecedora de protección jurídica como derecho de la personalidad autónomo. Además, la voz se podrá constituir en un dato de carácter personal cuando sea almacenada y tratada como tal. Será esta última faceta, la de la voz como dato personal, en la que nos centremos en la presente comunicación. Particularmente, analizaremos el alcance de las cláusulas contenidas en los contratos de suministro de contenido y servicios digitales que prevén la interacción del usuario con el servicio mediante comandos de voz, junto con la forma de instrumentalizar el consentimiento (y la consiguiente posibilidad de revocarlo) para ese tratamiento de la voz.

Antes de entrar de lleno en el análisis de la cuestión planteada, debemos establecer las premisas de las que partimos: la primera, el hoy ya indiscutido reconocimiento de la voz como dato de carácter personal; la segunda, que todo tratamiento de datos personales en relación con los contratos que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770/UE solo será lícito si se ajusta a las disposiciones del RGPD 2016/679.



Sobre la primera, si este extremo resultaba claro de la interpretación conjunta del art. 4 del RGPD 2016/679 y del art. 5.1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, hoy ya resulta un hecho incuestionable, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo), 815/2020, de 18 de junio, en la que se declara que la grabación de la voz de una persona, hecha sin su consentimiento, por parte de una empresa constituye una infracción de la normativa sobre protección de datos por constituir la voz un dato de carácter personal.

Sobre la segunda, el considerando 38 de la Directiva 2019/770/UE es claro al establecer que cuando el tratamiento de datos personales se base en el consentimiento, en particular en virtud del art. 6.1 a) RGPD 2016/679, se aplicarán las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para evaluar si el consentimiento se ha dado libremente o no, pues la Directiva no debe regular la validez del consentimiento otorgado. Por lo tanto, para analizar la validez de estas cláusulas, no bastará con analizar los contratos a la luz de la Directiva, sino que tendremos que remitirnos a lo dicho, especialmente, por los artículos 4, 6 y 7 del RGPD 2016/679.

2. Las cláusulas relativas a los “datos de voz”

Sentado lo anterior, debemos destacar lo que constituye el objeto “material” de estudio: se trata de las cláusulas insertas en los contratos de suministro de contenidos digitales que se refieren, de una forma genérica, a los “datos de voz” o a “la interacción con el servicio mediante comandos de voz” (presentes en plataformas por todos conocidos como *Netflix*, en redes sociales como *Facebook*, o en sistemas operativos como *Microsoft*). En primer lugar, podría argumentarse que la función de la voz en estos servicios es la de un instrumento comunicativo, como forma de expresión de la voluntad, y que no hay un tratamiento de la voz como dato personal; no obstante, somos de la opinión de que al registrarse la voz en estos dispositivos (al igual que podría suceder con la imagen si se trata de sistemas de reconocimiento facial), y al disponer los proveedores de estos servicios de medios para identificar a la persona cuya voz se capta, la existencia de un tratamiento de la voz es indiscutible.

En segundo lugar, ya la propia calificación como “datos de voz” por parte de los proveedores de estos servicios conlleva una admisión implícita de su tratamiento. En las “políticas de privacidad” o de “consentimiento para el tratamiento de datos personales” no es extraño encontrarse con cláusulas del estilo a la siguiente: “Por ejemplo, revisaremos manualmente fragmentos breves de los datos de voz en los que hemos seguido los pasos para



desinstalar y mejorar las tecnologías de reconocimiento de voz. Es posible que los empleados de [la empresa] o los proveedores que estén trabajando en nombre de [la empresa] puedan llevar a cabo esta revisión manual". Aunque camuflado con la noble labor de "mejora en las tecnologías", en este caso, de los reconocimientos de voz, lo que esta cláusula está diciendo de manera implícita es que los datos facilitados le serán útiles, tendrán un valor, y este hecho no es desconocido por la Directiva 2019/770/UE. A diferencia del RGPD 2016/679, la Directiva sí que reconoce el nada desdeñable valor que han adquirido los datos personales en la economía de mercado, recogándose en su art. 3.1 que la Directiva será aplicable no solo a los contratos en los que el consumidor paga un precio, sino también cuando facilite datos personales al empresario, excepto cuando los datos personales facilitados sean tratados exclusivamente con el fin de suministrar los servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y este no trate los datos para ningún otro fin (excepción que nos recuerda lo dispuesto en el art. 6.1. b) del RGPD 2016/679). Por lo tanto, se hace necesario analizar si el consentimiento que el usuario ha prestado en el seno de estos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales para el tratamiento de la voz es un consentimiento válido.

3. El consentimiento para el tratamiento de los datos de voz en el seno de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

En primer lugar y como hemos expuesto antes, debemos partir de que el art. 3.1 de la Directiva 2019/770 exceptúa de su ámbito de aplicación los contratos en los que, aun teniéndose que facilitar datos personales a cambio del servicio, aquellos son tratados exclusivamente con el fin de suministrar los servicios digitales, o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, no permitiéndosele que trate los datos para ningún otro fin. Podría argumentarse, por tanto, que estas cláusulas relativas al tratamiento de "datos de voz" podrían ser esenciales para el funcionamiento de la herramienta de asistencia por voz de las plataformas de servicios audiovisuales, o de los sistemas operativos de los ordenadores, por lo que el tratamiento sería lícito de acuerdo con el art. 6.1.b) RGPD 2016/679. No obstante, según la doctrina con la que concordamos, este artículo debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido de que el tratamiento de datos solo estará permitido si es una "actividad accesoria" (*ancillary activity*) pero necesaria para el cumplimiento del contrato; en cambio, si el objeto principal del contrato fuese la comercialización de los datos, el consentimiento para su tratamiento deberá ser expreso. Incluso esta interpretación del art. 6.1 b) podría, en nuestra opinión, ser más restrictiva cuando estamos ante datos biométricos, como sucedería con la voz. Una de



las novedades del RGPD 2016/679 es, precisamente, que se añaden los datos biométricos a las categorías especiales de datos. Así, el 9.1 RGPD 2016/679 prohíbe el tratamiento de, entre otros, “los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”, salvo que se dé su consentimiento expreso (art. 9.2.a) RGPD 2016/679). Por lo tanto, la voz, indiscutiblemente dato biométrico, requerirá siempre, para su tratamiento, del consentimiento expreso del titular, también para el caso de que ese tratamiento de la voz sea una “actividad accesoria”, pero necesaria, para la ejecución del contrato.

En segundo lugar, y si se argumentase que las cláusulas relativas a los “datos de voz” no son necesarias para la ejecución del contrato (por lo que estaríamos ante unos datos con un claro valor económico para el empresario), para analizar la licitud del tratamiento de estos datos tendremos que acudir al art. 6.1.a) RGPD 2016/679. Así, tendremos que preguntarnos si el interesado (consumidor a los efectos de la Directiva 2019/770, Directiva que a diferencia del caso analizado en primer lugar sí sería aplicable) ha dado su consentimiento para el tratamiento de estos datos “para uno o varios fines específicos”, y siempre teniendo en cuenta los parámetros marcados por los arts. 4.11 y 7 RGPD 2016/679, recogidos a nivel estatal en el art. 6 LOPD 3/2018. De ellos se deriva que el consentimiento se refiere a “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que [el afectado] acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. La dificultad estribará, por tanto, en la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados, pues ¿estamos ante una voluntad *libre* cuando para la contratación del servicio debemos aceptar el tratamiento de unos datos personales cuya utilidad/fin no parece esencial para el funcionamiento del servicio contratado? ¿El hecho de que se explique en farragosos y largos textos los usos que se darán a nuestros datos significa que el consentimiento se ha dado de modo *informado*? Si nuestras respuestas fuesen negativas, estaríamos reputando al consentimiento como inválido, y a la vez deslegitimando multitud de prácticas de empresas proveedoras de estos servicios, por lo que se hará necesario encontrar un punto medio, que en su momento explicaremos.

En síntesis, dejamos apuntado que lo que sucede actualmente en la práctica dista mucho de lo que en la teoría reputamos correcto para entender que el consentimiento se ha prestado de forma válida en ambos supuestos, tanto en el del art. 6.1.a) como 6.1.b) RGPD 2016/679. Basta acudir a cualquiera de las declaraciones de privacidad sobre recopilación de datos de los servicios tecnológicos que utilicen, en determinados momentos,



mecanismos de reconocimiento por voz, para ver cómo las cláusulas relativas a la “asistencia por voz” se diluyen entre el resto de cláusulas en las que se proporciona el consentimiento contractual para el acceso al servicio. Es decir, el consentimiento para acceder al servicio engloba el tratamiento de estos datos, por lo que el ejercicio de la facultad revocatoria, que debe permitirse en todo caso ex art. 7.3 RGPD 2016/679, implicaría dejar sin efecto el contrato mismo y tener que prescindir del servicio. Ciertamente, esto conculca lo sostenido por el grupo de trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/UE, que estableció claramente que los responsables del tratamiento de datos biométricos deben implementar los medios técnicos que puedan revertir el uso de dichos datos en sus sistemas. En otras palabras, todo sistema biométrico cuya base legitimadora para el tratamiento sea el consentimiento del titular de los datos, debe poder eliminar de forma eficiente todos los vínculos de identidad creados. En nuestra opinión, en estos casos la revocación del consentimiento para el tratamiento de la voz no debería de afectar a la continuidad de la prestación del servicio contratado, más que en aquello que obviamente ya no pueda cumplirse precisamente debido a tal revocación (por ejemplo, que ya no esté disponible la función de “asistencia por voz”).