

Dictamen del EDPB sobre los modelos de consentimiento o pago aplicados por las grandes plataformas en línea

Nota informativa

El 17 de abril de 2024 el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, “EDPB”) ha adoptado el Dictamen 08/2024 sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago (*Consent or Pay*) aplicados por las grandes plataformas en línea, en los que se pide a los usuarios que den su consentimiento al tratamiento con fines de publicidad basada en su comportamiento o, a cambio, paguen una cuota para poder acceder a los servicios en línea sin que realicen un tratamiento de sus datos personal con fines de publicidad comportamental.

(I) CONCEPTOS IMPORTANTES

Para entender el contenido y alcance del análisis, es necesario definir los tres conceptos clave sobre los que pilota este Dictamen:

- i. **Modelos de consentimiento o pago:** son aquellos en los que el responsable del tratamiento ofrece a los interesados la posibilidad de elegir entre al menos dos opciones para acceder a un servicio: (i) consentir el tratamiento de sus datos personales para un fin determinado, o (ii) pagar una cuota/tasa para acceder al servicio sin que suponga el tratamiento de sus datos personales para dicho fin.
- ii. **Publicidad comportamental:** publicidad basada en la observación del comportamiento de los individuos a lo largo del tiempo con el fin de desarrollar un perfil específico y ofrecerles publicidad adaptada a los intereses de los usuarios.
- iii. **Grandes plataformas en línea:** este concepto puede abarcar plataformas que (i) atraen a un gran número de interesados como usuarios, (ii) tienen una posición en el mercado que se puede considerar de dominante y/o (iii) realizan tratamientos a gran escala (siguiendo las orientaciones del Grupo de Trabajo del Artículo 29). Asimismo, en esta definición pueden quedar comprendidos conceptos como el de plataformas en línea muy grandes (según la DSA) y a los gatekeepers (según la DMA).

(II) CONTEXTO JURÍDICO

Advierte el EDPB, que además de las obligaciones establecidas por el Reglamento General Europeo de Protección de Datos (en lo sucesivo, “RGPD”), los modelos de “consentimiento o pago” pueden entrar en el ámbito de aplicación de otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea (UE) entre los que se señalan los siguientes:

- **Directiva 2002/58/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.
- **Directiva 2005/29/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
- **Directiva 2019/770** sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.
- **Ley de Mercados Digitales (DMA).**
- **Ley de Servicios Digitales (DSA).**

Igualmente, cabe señalar que el Dictamen 8/2024 se ha publicado conforme al artículo 64.2 del RGPD, por lo que, a diferencia de las Directrices y Recomendaciones, goza de un carácter vinculante para las autoridades de control en materia de protección de datos con respecto a su interpretación de los modelos de “consentimiento o pago”.

(III) EVALUACIÓN DEL EDPB

- **Requisitos para un consentimiento sea válido.**

Las grandes plataformas en línea pueden aplicar modelos de "consentimiento o pago" para la publicidad basada en el comportamiento bajo ciertas circunstancias y condiciones. Cuando este sistema se sustente sobre la base del consentimiento del usuario, el responsable deberá asegurarse de que éste cumple todos los requisitos de validez. Es importante destacar que, en la mayoría de los casos, **no será posible que estas plataformas cumplan los requisitos para un consentimiento válido si solo ofrecen a los usuarios una opción binaria** entre consentir el tratamiento de datos personales con fines de publicidad basada en el comportamiento o pagar una tasa. De este modo, para que el consentimiento sea válido deben cumplir los siguientes requisitos de manera acumulativa:

- Libremente otorgado:** o lo que es lo mismo, no será válido un consentimiento condicionado para poder acceder a la prestación del servicio, que limite la elección del usuario y/o dificulte su rechazo. Es por ello por lo que se considera necesario ofrecer a los interesados una versión del servicio alternativa, real y equivalente.

El requisito de libertad también puede verse afectado en aquellos escenarios en los que exista un desequilibrio de poder entre las partes. Para determinar la aplicación de uno de estos supuestos habrán de tenerse en cuenta factores como, entre otros, (i) la posición de la empresa en el mercado (ej. El caso de una autoridad pública), (ii) la posición dominante o relevante en el mercado del responsable y/o (iii) el hecho de que no existan servicios realmente alternativos en el mercado.

La granularidad en el consentimiento del usuario puede ser otra condición necesaria a fin de garantizar la libertad del consentimiento. El usuario debe poder tomar su decisión por cada finalidad que acepta.

El perjuicio que pueda sufrir el usuario en caso de no emitir su consentimiento, como la denegación del servicio en ciertos casos, la penalización financiera, la limitación del acceso a un servicio esencial en su vida cotidiana o que impida su participación en su esfera social o profesional, es un factor relevante a la hora de determinar la libertad del consentimiento prestado.

- Informado:** Los interesados deben recibir de forma previa a la emisión del consentimiento información clara sobre las actividades de tratamiento vinculadas a cada una de las opciones que se les ofrecen. Esto incluye la necesidad de informar de cualquier actividad de tratamiento de sus datos que se produzca en segundo plano de la que podrían no ser conscientes. Asimismo, será fundamental proporcionar información clara y completa sobre cada versión del servicio que ofrezcan.
- Específico:** El consentimiento obtenido para fines de publicidad basada en el comportamiento del usuario, no debe combinarse con otros fines. Las distintas finalidades de la publicidad comportamental deben explicarse al usuario de tal forma que entienda cada una de ellas y pueda emitir su consentimiento de forma granular en relación con cada una de ellas.
- Inequívoco:** A tal efecto, señala el EDPB que no es conveniente que los usuarios expresen su consentimiento en una sola acción si realmente existen distintas finalidades del tratamiento sobre las cuales el usuario pueda manifestar distintas preferencias. En este sentido, se advierte también que se debe garantizar que los

usuarios no son manipulados utilizando un lenguaje engañoso y/o poco claro, como sería el caso de la utilización de fórmulas como "continúe sin pagar" ya que la falta de pago no implica necesariamente que el usuario entienda que está concediendo consentimiento para el uso de sus datos.

(IV) **¿Qué alternativas se plantean al modelo de consiente o paga?**

El EDPB propone varias alternativas que las grandes plataformas en línea podrían considerar. **Estas alternativas buscan asegurar que los usuarios tengan opciones reales y significativas al otorgar su consentimiento, evitando así que los interesados se vean empujados a otorgar su consentimiento para acceder al servicio.** Algunas de las alternativas propuestas son las siguientes:

- i. **Ofrecer una "alternativa equivalente" sin pago de tasa:** en lugar de presentar únicamente una opción de pago para acceder al servicio con publicidad basada en el comportamiento, las plataformas pueden considerar ofrecer a los interesados una alternativa que no implique el pago de una tasa. Esta alternativa equivalente podría incluir una forma diferente de publicidad que no se base en el comportamiento del usuario o usase menos datos personales para tal fin.
- ii. **Proporcionar una "alternativa gratuita sin publicidad comportamental" (Free Alternative Without Behavioural Advertising):** si se decide ofrecer a los interesados una "alternativa equivalente" que requiera el pago de una tasa, se sugiere que también se ofrezca otra alternativa gratuita que no incluya publicidad basada en el comportamiento o que implique el tratamiento de menos datos personales. En este sentido, la equivalencia se considerará válida si ambas versiones difieren únicamente en aquello que es consecuencia lógica del tratamiento de datos no consentido.
Esta opción es clave para demostrar que existe una verdadera capacidad de elección para los usuarios, evitando presentarles la sola elección de pagar una tasa o consentir el tratamiento con fines de publicidad comportamental. Esta alternativa desempañaría un papel relevante para eliminar, reducir o mitigar el perjuicio que puede suponer para los usuarios que no consienten tener que pagar una cuota para acceder al servicio o, directamente, no poder acceder al mismo.

Al considerar estas indicaciones y alternativas, las grandes plataformas en línea pueden cumplir con los requisitos del RGPD y garantizar que el consentimiento obtenido para el tratamiento de datos con fines de publicidad basada en el comportamiento sea válido, transparente y respetuoso con los derechos de los usuarios. Además, **aunque las grandes plataformas en línea no están obligadas a ofrecer siempre servicios gratuitos, poner esta alternativa adicional a disposición de los interesados aumenta su libertad de elección y les facilita demostrar** que el consentimiento se ha dado libremente.

Conclusión

En los modelos de consentimiento o pago, las grandes plataformas en línea deben garantizar que el consentimiento otorgado por los usuarios sea válido y, por tanto, libre, específico, informado e inequívoco, de acuerdo con los requisitos del RGPD. En este sentido, **es complicado que las grandes plataformas puedan demostrar que el consentimiento otorgado por los usuarios cumple con las estipulaciones del RGPD si confrontan a los usuarios únicamente a tomar una decisión entre consentir el tratamiento de datos personales con fines de publicidad basada en el comportamiento o pagar una tasa para que no se trate sus datos personales para dichos fines.**

Adicionalmente, los modelos de consentimiento o pago establecidos hasta el momento ponen en duda, no solo el cumplimiento de las obligaciones establecidas para determinar si el consentimiento es válido, sino el cumplimiento de los principios que refleja el RGPD como la limitación de la finalidad y la minimización de datos, entre otros.

Finalmente, es necesario señalar la importancia de **que los datos personales no pueden considerarse una mercancía comercializable** y las grandes plataformas en línea deben evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en una característica por la que los interesados tengan que pagar para poder disfrutarla.

E

Calle Serrano, 69.
28006 Madrid
www.ecija.com

Área de Protección de
Datos de ECIIA
info@ecija.com
Telf: + 34 91.781.61.60