

La viabilidad del modelo «consiente o paga» en relación a las grandes plataformas de internet

El documento analiza el pronunciamiento del Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB) sobre la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» (Consent or Pay) que usan las grandes plataformas en línea para ofrecer servicios basados en la publicidad comportamental. Concretamente, se analizan los requisitos que debe cumplir el consentimiento para que el mismo sea conforme al Reglamento General Europeo de Protección de Datos (RGPD) y a otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea (UE), como las Directivas sobre comunicaciones electrónicas, prácticas comerciales desleales, contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y las Leyes de Mercados Digitales y de Servicios Digitales, concluyen que, en la mayoría de los casos, las grandes plataformas en línea no podrán obtener un consentimiento válido si solo ofrecen a los usuarios una opción binaria entre dar su consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines publicitarios basados en el comportamiento o pagar una cantidad económica. El EDPB recomienda que las grandes plataformas en línea ofrezcan a los usuarios una «alternativa equivalente» que no requiera el pago de una cantidad económica, ni el tratamiento de sus datos personales con fines de publicidad comportamental, o que al menos ofrezcan una «alternativa gratuita sin publicidad comportamental» que suponga el tratamiento de menos datos personales. Por último, se pone de relieve en el documento los posibles efectos que podría conllevar la imposibilidad de que los ciudadanos puedan decidir si desean o no que el uso de dichos servicios pueda ser realizado mediante un modelo de pago mediante la explotación de sus datos personales, en lugar de bajo un modelo de pago económico, que no es otro que dichos servicios, puedan, en un momento dado, pasar a ser servicios provistos bajo una única modalidad, la de pago económico.

CEPD, consentimiento o pago, grandes plataformas de Internet, publicidad comportamental

The paper analyses the European Data Protection Board's (EDPB) pronouncement on the validity of consent in the context of «Consent or Pay» models used by large online platforms to offer services based on behavioural advertising. Specifically, it analyses the requirements that consent must meet in order for it to comply with the European General Data Protection Regulation (GDPR) and other European Union (EU) legal instruments, such as the Directives on electronic communications, unfair commercial practices, contracts for the provision of digital content and services, and the Digital Markets and Digital Services Acts, conclude that, in most cases, large online platforms will not be able to obtain valid consent if they only offer users a binary choice between consenting to the processing of personal data for behavioural advertising purposes or paying a fee. The EDPB recommends that large online platforms should offer users an «equivalent alternative» that does not require the payment of a fee, nor the processing

of their personal data for behavioural advertising purposes, or at least offer a «free alternative without behavioural advertising» that involves the processing of less personal data. Finally, the document highlights the possible effects that could result from the impossibility for citizens to decide whether or not they wish to use such services under a payment model through the exploitation of their personal data, rather than under a financial payment model, which is none other than that such services could, at a given moment, become services provided under a single modality, that of financial payment.

EDPB, consent or pay, large Internet platforms, behavioral advertising



Alonso Hurtado Bueno

Socio IT&Compliance ECIJA

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de abril de 2024 el Comité Europeo de Protección de Datos (en lo sucesivo, «EDPB») ha emitido el Dictamen 08/2024 sobre la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de consentimiento o pago (Consent or Pay) que usan las grandes plataformas en línea, en los que se solicita a los usuarios que acepten el tratamiento con fines de publicidad basada en su comportamiento o, alternativamente, abonen un importe para poder usar los servicios en línea sin que se traten sus datos personales con fines de publicidad comportamental.

Para llevar a cabo el presente análisis, el lector debe tenerse presente tres conceptos que son claves, y determinantes, a los efectos de poder comprender el mismo:

1º) ¿Qué es el modelo conocido como «consiente o paga»?

Se trata de una modalidad de tratamiento de datos, por la que el responsable del tratamiento otorga la posibilidad al usuario titular de los datos personales que desea acceder a un determinado servicio online, mediante dos modalidades: o bien otorgando su consentimiento al responsable de tratamiento para llevar a cabo el tratamiento de sus datos personales y poder explotar los mismos con la finalidad de realizar un perfilado con finalidades de explotación comercial, o bien pagar una cantidad económica determinada para acceder al servicio sin usar sus datos personales para ese fin.

2º) ¿Qué es la Publicidad comportamental?

Se trata de la publicidad basada en observar el comportamiento de los individuos a lo largo del tiempo para crear un perfil específico y mostrarles publicidad acorde a sus intereses.

3º) ¿Qué se considera por parte la normativa vigente «Grandes plataformas en línea»?

En el concepto de Grandes Plataformas en Línea quedan comprendidas aquellas plataformas online que tienen una posición de dominio y/o relevante en el mercado atendiendo al número de usuarios, al dominio que presentan en el mercado así como plataformas que realizan tratamientos de datos personales a gran escala.

Quedan igualmente comprendidas en esta definición aquellas plataformas en línea consideradas «*muy grandes*» por parte de la Digital Service Act (DSA) o las conocidas como plataformas «*Gatekeepers*» que de conformidad con la Digital Markets Act (DMA) pueden ser designados por parte de las autoridades competentes.

Aclarados los conceptos básicos y esenciales, es relevante destacar como el EDPB, en su dictamen ha analizado que los modelos de «consentimiento o pago» no solo deben cumplir con lo que establece el Reglamento General Europeo de Protección de Datos (en adelante, «RGPD»), sino que también pueden estar sujetos a otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea (UE) entre los que se mencionan 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».

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL MODELO DE «CONSIENTE O PAGA»

El documento es una opinión del Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB) sobre las prácticas de «consentimiento o pago» que usan las grandes plataformas en línea. El EDPB enfatiza la importancia de respetar todos los requisitos del GDPR, especialmente los que se refieren al consentimiento válido, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. En la mayoría de los casos, no será posible para las grandes plataformas en línea obtener un consentimiento válido si solo ofrecen a los usuarios una opción binaria entre dar su consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines publicitarios basados en el comportamiento o pagar una cuota.

El EDPB aconseja que, cuando proporcionen una opción diferente al servicio que incluye el tratamiento para publicidad basada en el comportamiento, las grandes plataformas en línea ofrezcan a los sujetos de datos una «alternativa equivalente» que no requiera el pago de una cantidad económica, no incurriendo en el riesgo de que los usuarios puedan ser discriminados por el simple hecho de no aceptar el tratamiento de sus datos personales.

En el caso de que los responsables decidan cobrar una cuota por acceder a la «alternativa equivalente», los responsables deberían considerar también proveer una opción adicional, gratuita, sin publicidad comportamental, por ejemplo, con una forma de publicidad que suponga el tratamiento de menos datos personales o incluso modalidades publicitarias que no traten datos personales.

2.1. Requisitos para lograr que el consentimiento prestado por los usuarios sea un consentimiento válido

El EDPB opina en su dictamen que las grandes plataformas en línea pueden usar modelos de «consentimiento o pago» para la publicidad comportamental bajo ciertas circunstancias y condiciones, sin las cuales el modelo en cuestión no sería conforme al RGPD.

Cuando el uso de este sistema dependa del consentimiento del usuario, el responsable tendrá que garantizar que se cumplen todas las condiciones para que dicho consentimiento sea perfectamente válido

Cuando el uso de este sistema dependa del consentimiento del usuario, el responsable tendrá que

garantizar que se cumplen todas las condiciones para que dicho consentimiento sea perfectamente válido, poniéndose de relieve por parte del EDPB que, en la mayoría de los casos, las plataformas no podrán obtener un consentimiento válido si solo dan a los usuarios la opción de aceptar el tratamiento de datos personales para publicidad basada en el comportamiento o pagar una cantidad económica, en tanto el consentimiento prestado, a juicio del EDPB, coloca al usuario en una posición de discriminación en la que su consentimiento no es prestados en un régimen de plena libertad.

De esta forma, para que el consentimiento sea válido debe reunir los siguientes requisitos cumulativamente:

A) Debe ser libremente otorgado o lo que es lo mismo, bajo ningún concepto será válido un consentimiento en el que para poder acceder a un servicio se limite la elección del usuario y/o se dificulte o haga difícil el rechazo al tratamiento de sus datos personales, siendo por tanto absolutamente imprescindible otorgar al usuario siempre una modalidad de acceso al servicio que no requiera el tratamiento de sus datos personales (o los mínimos posibles) garantizando que ningún usuario se queda sin acceder al servicio, por el mero hecho de no aceptar el tratamiento de sus datos personales.

Del mismo modo, para llevar a cabo esta valoración, la libertad para prestar consentimiento también puede verse comprometida en situaciones donde haya una relación de poder desigual entre las partes, tomándose en consideración, por ejemplo, aspectos como:

- El papel de la empresa en el mercado
- La posición dominante o significativa del responsable en el mercado
- El hecho de que no haya servicios realmente alternativos disponibles 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.

B) El consentimiento debe encontrarse debidamente informado antes de iniciar el tratamiento de datos, debiendo 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, debiendo avisar de cualquier tratamiento de sus datos que ocurra en segundo plano sin su conocimiento, así como informar de forma perfectamente clara y completa sobre cada versión del servicio que ofrezcan.

Sin duda alguna este punto ocupa una relevancia absoluta en la configuración de un consentimiento adecuado, no siendo posible lograr un consentimiento conforme, si no se logra que la información

prestada al usuario titular de los datos permita a este tomar una decisión plenamente consciente, siendo sin duda alguno de los caballos de batalla que permitirá a las autoridades de control un mayor grado de subjetividad a la hora de valorar lo que se considera un consentimiento transparente y lo que no.

C) El consentimiento debe ser concreto, específico e inequívoco, y no se debe mezclar el tratamiento para fines de perfilado con finalidad comercial, con otros fines distintos, ya que esta mezcla iría en contra del principio de transparencia.

Las diferentes finalidades de la publicidad comportamental deben aclararse al usuario de tal manera que comprenda cada una de ellas y pueda dar su consentimiento de forma separada para cada una de ellas.

De esta forma, el EDPB opina que no es apropiado que los usuarios den su consentimiento en una sola acción si hay diferentes finalidades del tratamiento que pueden requerir diferentes preferencias por parte del usuario, debiendo permitirse una adecuada granularidad a los usuarios a la hora de prestar su consentimiento.

También se recomienda que se evite manipular a los usuarios con un lenguaje confuso o engañoso, como el uso de expresiones como «continúe sin pagar» ya que la falta de pago no significa necesariamente que el usuario comprenda que está dando consentimiento para el uso de sus datos.

2.2. Alternativas propuestas por el EDPB al modelo de «consiente o paga»

Como ya hemos indicado el EDPB centra su directamente en una conclusión general, un modelo basado en el «consiente o paga» en el que los usuarios presten un consentimiento bajo unas condiciones, que a juicio del EDPB, no permitan una libertad plena en la prestación de dicho consentimiento, y concretamente en la que el usuario no tenga alternativas de acceso al servicio en cuestión si no es o pagando dinero o pagando con el tratamiento de sus datos personales, no es un modelo adecuado a la RGPD.

Por este motivo, el EDPB sugiere varias opciones que las grandes plataformas en línea podrían tener en cuenta, siendo alternativas que permiten que los usuarios tengan opciones reales y significativas al dar su consentimiento, evitando así que los interesados se sientan presionados a dar su consentimiento para acceder al servicio. Algunas de las opciones sugeridas son las siguientes:

- 1) **Ofrecer una «opción alternativa» sin coste económico para el usuario,** de tal forma que, en lugar de ofrecer solo una posibilidad de pago para acceder al servicio con publicidad basada en el comportamiento, las plataformas pueden plantear ofrecer a los interesados una opción que no suponga el desembolso de un pago económico, pudiendo, por ejemplo, acceder a la plataforma en la que exista publicidad pero en la que se no se traten datos personales del usuario para ser mostrada, lo que sin duda alguna impactará, negativamente, en la influencia y relevancia que dicha publicidad causará en el usuario, afectando en gran medida al valor que las marcas en cuestión estarán dispuestas a pagar por este tipo de publicidad.

- 2) **Ofrecer una «alternativa gratuita sin publicidad comportamental» (Free Alternative Without Behavioural Advertising), recomendándose por parte del EDPB** que, si se opta por ofrecer a los usuarios una «alternativa equivalente» que implique el pago de una tarifa, también se les dé la opción de una alternativa gratuita que no contenga publicidad basada en el comportamiento o que suponga el tratamiento de menos datos personales.

De esta forma, el EDPB considera que existe equivalencia si ambas versiones solo se diferencian en lo que se deriva lógicamente del tratamiento de datos no autorizado.

Es esta opción, a juicio del EDPB, es absolutamente fundamental para poder demostrarse por parte de las grandes plataformas que los usuarios tienen capacidad de elección y de prestación de su consentimiento real y no ficticia, evitando ponerles ante la única opción de pagar una cantidad económica o aceptar el tratamiento con fines de publicidad comportamental.

Sólo de esta forma, a juicio del EDPB es posible poder llevar a cabo un modelo basado en el «consiente o paga».

3. CONCLUSIONES

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto parece más que evidente que la posición del EDPB en relación al modelo de «consiente o paga» no parece extraordinariamente halagüeño en relación a su viabilidad legal.

De esta forma, parece claro que, a juicio del EDPB, 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.

A la vista de esto, y que los modelos alternativos que el EDPB considera que son adecuados a la normativa, con absoluta seguridad no van a permitir a las plataformas poder sufragar los importantes gastos que tienen, no sólo de desarrollo, sino de mantenimiento estas plataformas, si finalmente éstas podrán sustentar un modelo «freemium» soportado con un modelo de publicidad en el que el retorno de la inversión difícilmente podrá justificarse, al tratarse de publicidad con un impacto mucho menor que el modelo basado en un perfilado previo del usuario que visualiza dicha publicidad.

Ante esta situación, la pregunta que podríamos plantearnos es, ¿si el EDPB (y entendemos que el legislador que redactó la el RGPD) en su momento, barajó la posibilidad de que, llegado el momento de decidir un modelo que no permita financiar los servicios de Internet tal y como los conocemos

hasta el momento (Cuentas de correo electrónico redes sociales, servicios de mapas enriquecidos que no requieren de ningún pago económico a los usuarios finales, no podrían llegar a convertirse en servicio de pago en los que, simplemente, existirá una opción para uso, pagar una cantidad económica sin más?

¿Está teniendo en consideración el EDPB esta posibilidad a la hora de emitir su valoración respecto a modelos como el «consiente o paga», está siendo consciente de que este hecho podría suponer el fin de una Internet y de unos servicios de la sociedad de la información tal y como los conocemos, servicios que han permitido acceder a los mismos a millones de ciudadanos, así como evolucionar a una gran velocidad las economías, no sólo macros, sino especialmente micro de millones de ciudadanos del mundo?

Quizá es una conclusión demasiado extrema, pero que a buen seguro, deberíamos plantearnos como una posibilidad, aunque remota, posible, como ocurrió años atrás cuando toda la industria de medios de comunicación reclamaron a Google News parte de su negocio de listado y explotación de noticias, y el propio Google simplemente decidió cesar el servicio de Google News en territorio de España, lo que provocó inmediatamente la caída de ingresos por publicidad online de la totalidad de medios de comunicación electrónicos de España, pasando, acto y seguido a reclamar dichos medios que volvieran a activar el servicio.