

Dictamen del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD/EDPB) sobre la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de consentimiento o pago (Consent or Pay) para las grandes plataformas en línea

INTRODUCCIÓN

El pasado 17 de abril de 2024 el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD/EDPB) publicó el [Dictamen 08/2024 sobre la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de consentimiento o pago \(Consent or Pay\) para las grandes plataformas en línea.](#)

El Dictamen ha sido adoptado dada una solicitud realizada por algunas autoridades de protección de datos de la UE (Neerlandesa, Noruega y Alemana – Hamburgo) al Comité Europeo de protección de Datos (CEPD/EDPB) y analiza la licitud de aquellos modelos que ofrecen la posibilidad de elección al usuario entre un modelo de pago o uno gratuito con aceptación del uso de datos personales para finalidades publicitarias. En concreto el EDPB analiza aquellos modelos que activan las grandes plataformas en línea, en su modalidad gratuita, finalidades del tratamiento de datos personales para llevar a cabo publicidad basada en el comportamiento de los usuarios (publicidad personalizada)

El EDPB trabajará en un futuro segundo posicionamiento aplicable a todos los modelos de consentimiento o pago y no solo a los implementados por las grandes plataformas en línea.

APLICABILIDAD

El Dictamen, al ser dirigido hacia las grandes plataformas en línea, no tiene una afección directa a soportes publicitarios que no estén encuadrados por dicha definición. No podemos encontrar el concepto de grandes plataformas en línea en el RGPD ni tiene coincidencia plena en las normativas de DSA o DMA. En cualquier caso, el EDPB considera que debe hacerse un análisis casuístico y que, para encuadrarse dentro de la definición, se deben cumplir las siguientes condiciones:

- Plataformas que cuentan con una gran base de usuarios.
- Una posición ventajosa en el mercado respecto a sus posibles competidores. El concepto de posición dominante es citado varias veces a lo largo del Dictamen, así como la no existencia de alternativas en el mercado o el que la denegación de acceso pueda llegar a tener efectos perjudiciales para el usuario (perder tu red de contactos, mayor dificultad en posicionarte laboralmente, perder reputación social...)
- Se lleven a cabo tratamientos a gran escala (a tener en cuenta, entre otras, la cantidad de usuarios cuyos datos son tratados, volumen de datos tratados, extensión geográfica del tratamiento...)

Ciertos sujetos obligados por la DSA (“Very large online platforms”) y la DMA (“Gatekeepers”) podrían llegar a ser clasificados, bajo este Dictamen, como grandes plataformas en línea. Dificultando, por tanto, la adopción de este tipo de modelos.

VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO

Se analiza la validez del consentimiento prestado por un usuario en las grandes plataformas en línea que ofrezcan la posibilidad de elección al usuario entre un modelo de pago o uno gratuito con aceptación del uso de datos personales para finalidades publicitarias que conlleven personalización. En este contexto, el consentimiento del usuario solo podrá considerarse válido en la medida en que dichas plataformas puedan demostrar, de conformidad con el principio de responsabilidad del RGPD, que se cumplen todos los requisitos para un consentimiento válido, es decir:

1. El consentimiento debe ser libre y las grandes plataformas en línea deben tener en cuenta la siguiente argumentación del EDPB:
 - Si el interesado sufre perjuicios como consecuencia de no dar su consentimiento o retirarlo. En este sentido, las grandes plataformas en línea deben asegurarse de que cualquier tasa no sea tal que impida efectivamente a los interesados ejercer una elección libre.
 - Si el interesado se enfrenta a la exclusión del servicio si no eligen una de las dos opciones analizadas (pago o tratamiento de datos para publicidad personalizada). Lo anterior es especialmente relevante en los casos en que el servicio tiene un papel destacado o es decisivo para la participación en la vida social o el acceso a las redes profesionales. Los llamados efectos “lock-in effect” (capacidad de un usuario o cliente de reemplazar un proveedor de productos y servicios, sin afrontar efectos perjudiciales) o “network effects”(fenómeno por el cual el valor o la utilidad que un usuario obtiene de un bien o servicio depende del número de usuarios de productos compatibles) son relevantes para el EDPB así como que los modelos de “consentimiento o pago” no hayan estado presentes desde un inicio en las grandes plataformas en línea y sea ahora, con una posición consolidada, cuando los introduzcan.
 - La existencia de un desequilibrio de poder entre el interesado y las grandes plataformas en línea. A este respecto, el EDPB expone ciertos factores no exhaustivos y no cumulativos que pueden ayudar a las grandes plataformas en línea en esta evaluación casuística (incluida la posición de la empresa en el mercado, la existencia de efectos de bloqueo o de red, el grado en que el interesado depende del servicio, el público objetivo o predominante del servicio) En palabras del EDPB en aquellos casos donde exista un claro desequilibrio, el consentimiento solo podrá utilizarse en "circunstancias excepcionales" y cuando el responsable del tratamiento, de conformidad con el principio de responsabilidad, pueda demostrar que no se producen "ninguna consecuencia negativa" para el interesado si no da su consentimiento, en particular si se le ofrece una alternativa que no tenga ningún impacto negativo.

- Si la existencia en la alternativa al pago de tratamientos personales con finalidades de publicidad personalizada es válida. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró, entre otras, en la sentencia Bundeskartellamt que a los usuarios que se nieguen a dar su consentimiento para determinadas operaciones de tratamiento se les debe ofrecer, "si es necesario por una tasa adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de dicha operación de tratamiento". No obstante el EDPB entiende que para considerar el consentimiento como "libremente prestado" se debe ofrecer al usuario una versión alternativa del servicio en cuestión ofrecida por el mismo responsable del tratamiento que no implique el consentimiento para el tratamiento de datos personales con finalidades de publicidad personalizada.
 - Si la tasa impuesta es tal que disuade a los interesados de ejercer una elección real o les empuja a dar su consentimiento. Los responsables del tratamiento deben evaluar, caso por caso, tanto si es adecuada una tasa así como el importe de la misma. Esta evaluación debe realizarse a la luz de los requisitos de un consentimiento válido y de los principios del artículo 5 del RGPD, teniendo en cuenta tanto las posibles alternativas a la publicidad personalizada que impliquen el tratamiento de menos datos personales así como los intereses de los usuarios. En este sentido el EDPB aboga por la colaboración entre autoridades de protección de datos y aquellas de protección al consumidor o de competencia.
 - Si los usuarios son libres de elegir qué finalidad de tratamiento aceptan, en lugar de encontrarse con una solicitud de consentimiento que agrupa varios propósitos (granularidad).
2. El consentimiento debe ser informado. Los responsables del tratamiento tienen la responsabilidad, en virtud del principio de responsabilidad, de desarrollar y documentar un proceso de información que permita a los interesados en datos tener una comprensión completa y clara del valor, el alcance y las consecuencias de sus posibles elecciones. Esto significa que, antes de tomar cualquier elección, a los interesados en datos se les debe proporcionar información clara sobre las actividades de tratamiento vinculadas a cada una de las modalidades ofrecidas. Las plataformas en línea grandes deberían tener en cuenta la complejidad de las actividades de tratamiento de datos requeridas para proporcionar publicidad personalizada y asegurarse de que la información se proporcione de manera clara y comprensible para el público objetivo.
 3. El consentimiento debe suponer una manifestación inequívoca de deseos. Las plataformas en línea grandes deberían diseñar cuidadosamente la forma en que se les pide a los interesados en datos que proporcionen su consentimiento, para asegurarse de que no estén sujetos a patrones de diseño engañosos (dark patterns). Cuando un usuario proporciona consentimiento para las actividades de tratamiento que permiten acceder al servicio de forma gratuita, debería considerarse que el usuario está otorgando su consentimiento solo para esas actividades de tratamiento, teniendo en cuenta los requisitos para que el consentimiento sea específico. Para que el consentimiento sea considerado

claramente otorgado para otras finalidades, estas finalidades deberían ser seleccionados activamente por el usuario.

4. El consentimiento debe ser específico. Esto significa que las plataformas en línea grandes deberían definir y delimitar con precisión las finalidades de las actividades de tratamiento para los cuales se requiere el consentimiento. Por ejemplo, el consentimiento obtenido con finalidades de publicidad comportamental no debería agruparse con otros propósitos. Las plataformas en línea grandes deberían evaluar y documentar, caso por caso, si proporcionar publicidad conductual implica que deban tratar datos personales para diferentes finalidades, y requerir consentimientos separados para estas finalidades.

PUNTOS CLAVE

- El Dictamen no afecta directamente a los medios de comunicación ni otros soportes publicitarios no considerados como “grandes plataformas en línea”.
- El Dictamen argumenta que, ante la existencia de una modalidad basada en pago y otra modalidad basada en el uso de datos para finalidades publicitarias personalizadas, las grandes plataformas en línea deben ofrecer al usuario una opción (tercera opción o eliminación de la opción gratuita que conlleva tratamiento de datos para finalidades publicitarias personalizadas) que no conlleven esas finalidades de tratamiento de datos.
- El Dictamen se basa en conceptos como el de “posición dominante”, “lock-in effect” (capacidad de un usuario o cliente de reemplazar un proveedor de productos y servicios, sin afrontar efectos perjudiciales) “efectos de red” (fenómeno por el cual el valor o la utilidad que un usuario obtiene de un bien o servicio depende del número de usuarios de productos compatibles), o de efectos perjudiciales al usuario que son difícilmente aplicables en la gran mayoría de soportes publicitarios incluso en la mayoría de plataformas en línea.
- La granularidad en la información y consentimiento del usuario son de gran importancia en cualquiera modalidad ofrecida al usuario que conlleve tratamiento de datos personales. Tiene una mayor importancia en aquellas que conllevan publicidad personalizada dada la complejidad de la explicación.
- La fijación del precio en modalidades de pago debe ser argumentada.
- El EDPB trabajará en un segundo posicionamiento aplicable a todos los modelos de consentimiento o pago y no solo a los implementados por las grandes plataformas en línea.
- Poco entendimiento del funcionamiento del sector de publicidad digital, una crítica poco justificada a la publicidad personalizada así como presunción errónea de que los ingresos por publicidad contextual son suficientes para mantener los servicios gratuitos disponibles en internet.