

Alternativa al “consentimiento o pago” para acceder a los servicios de las grandes plataformas: la gratuidad a cambio de publicidad no comportamental

Con fecha 17 de abril de 2024, el Consejo Europeo de Protección de Datos (EDPB) ha hecho público su documento *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms* ¹.

Dicho documento trae causa de la solicitud de las autoridades de supervisión de varios Estados miembros para que emitiera un opinión sobre la cuestión de en qué circunstancias y condiciones los modelos de "consentimiento o pago" relacionados a la publicidad comportamental pueden ser implementados por las grandes plataformas en línea de modo que constituya consentimiento válido y, en particular, libremente otorgado, teniendo también en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) C-252/21².

El EDPB destaca la necesidad de cumplir con todos los requisitos del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en particular los relativos al consentimiento válido, con las especificidades de cada caso, y recuerda que obtener el consentimiento no excepciona al responsable del tratamiento de la obligación de adherirse a los principios y obligaciones del Reglamento (con especial referencia al artículo 5). Es clave, por tanto, cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad, limitación de finalidad, minimización de datos y equidad.

En la mayoría de los casos, indica el EDPB, las grandes plataformas en línea no podrán cumplir con los requisitos de consentimiento válido si confrontan a los usuarios sólo con una elección binaria, es decir, pagar una tarifa como única alternativa a consentir el procesamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental. Deberían, en este sentido, desarrollar una alternativa a la versión del servicio con publicidad comportamental que no implique el pago de una tarifa, una alternativa, gratuita, por ejemplo, con una forma de publicidad que implique el procesamiento de menos datos personales o de ninguno.

¹ https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-082024-valid-consent-context-consent-or_es

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CA0252>

Con respecto a los requisitos del RGPD para un consentimiento válido, cualquier tarifa impuesta no puede ser tal que impida efectivamente a los interesados tomar una decisión libre. Cuando las grandes plataformas en línea utilizan un modelo de “consentimiento o pago”, el perjuicio puede surgir cuando los interesados que no dan su consentimiento y no pagan una tarifa se enfrentan a la exclusión del servicio, especialmente en los casos en los que este servicio tiene un papel destacado, o es decisivo para la participación en la vida social o el acceso a redes profesionales.

Los controladores también deben evaluar, caso por caso, si existe un desequilibrio de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento, atendiendo a factores como la posición de gran plataforma en línea en el mercado, la existencia de efectos de bloqueo o de red, la medida en que el interesado depende del servicio y de la audiencia principal del servicio. El elemento de condicionalidad, es decir, si se requiere consentimiento para acceder a bienes o servicios, incluso aunque el tratamiento no sea necesario para el cumplimiento del contrato, es otro criterio a tener en cuenta.

El EDPB concluye que el uso de grandes volúmenes de datos por parte de las plataformas en línea de muy gran tamaño, en el contexto de los servicios de consentimiento o pago, requiere demostrar, de conformidad con el principio de rendición de cuentas, que se cumplen los requisitos para un consentimiento válido, es decir, que se presta libremente. A este respecto, las grandes plataformas en línea deberían considerar, entre otras cosas, si el interesado sufre un perjuicio como consecuencia de no consentir o retirar el consentimiento, o si existe un desequilibrio de poder entre el interesado y la plataforma. Ciertos factores no exhaustivos, y no acumulativos, pueden ayudar esta evaluación caso por caso, incluida la posición de la empresa en el mercado; la existencia de efectos lock-in o de red; la medida en la que el interesado depende del servicio, o el público objetivo o predominante del servicio. Allí donde existe un claro desequilibrio, el consentimiento sólo puede ser válido en “circunstancias excepcionales” y cuando el responsable del tratamiento, como tal responsable, puede demostrar que no existen consecuencias “en absoluto” para el interesado si no da su consentimiento. En particular si se le ofrece una alternativa que no tiene ningún impacto negativo.

Se advierte también sobre si se requiere el consentimiento para acceder a bienes o servicios, aunque el procesamiento basado en el consentimiento no sea necesario para la ejecución del contrato aplicable a la oferta de dichos bienes o servicios, tal y como observa que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia comentada.