

EL COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS SE PRONUNCIA SOBRE LOS MUROS DE COOKIES IMPLEMENTADOS POR LAS GRANDES PLATAFORMAS EN LÍNEA

El pasado 17 de abril de 2024, el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, “EDPB”) publicó su [Dictamen 08/2024](#) sobre la validez del consentimiento en el contexto de modelos de “consentimiento o pago” implementados por grandes plataformas en línea (en adelante, “**Dictamen 08/2024**”).

El Dictamen 08/2024 surge tras la petición realizada el pasado 17 de enero de 2024 por las autoridades de control de Países Bajos, Noruega y Alemania, en la que solicitaban al EDPB que emitiera su opinión acerca de esta forma de recoger del consentimiento.

CIRCUNSTANCIAS CONSIDERADAS POR EL DICTAMEN 08/2024

El criterio del EDPB sobre la validez del consentimiento obtenido a través de los modelos “consentimiento o pago” se aplica cuando estos modelos:

- (i) se utilizan por el responsable del tratamiento para negar el acceso a sus servicios a un interesado si no consiente el tratamiento de sus datos con **fines de publicidad comportamental**, o no paga una determinada suscripción, y;
- (ii) son implementados por las **grandes plataformas en línea**. El EDPB indica que, dentro del concepto de grandes plataformas en línea, se incluyen, pero no se limitan, las entidades a las que se refiere el artículo 3(i) del [Reglamento de Servicios Digitales](#) para definir el concepto de plataformas en línea¹. El EDPB resalta que, en cualquier caso, la determinación de una entidad como gran plataforma en línea debe realizarse caso por caso, considerando las siguientes circunstancias:
 - El número de usuarios que utilizan los servicios del responsable y, en especial, si esta última entidad realiza tratamientos a gran escala.
 - La posición de la entidad en el mercado, teniendo en cuenta el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su [sentencia](#) de 4 de julio de 2023 (caso *Bundeskartellamt*), en la que se establece que la posición de dominio de una entidad puede afectar a la libertad de elección del interesado al no poder negarse a prestar su consentimiento sin sufrir algún perjuicio, generando un desequilibrio entre el interesado y el responsable.

¹ El artículo 3(i) del Reglamento de Servicios Digitales define “plataforma en línea” de la siguiente forma: “un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento”.

- Las “grandes plataformas en línea” y los “*gatekeepers*” a los que se refiere el [Reglamento de Mercados Digitales](#) se consideran grandes plataformas en línea a estos efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, el EDPB recuerda que el criterio contenido en el Dictamen 08/2024 puede también aplicarse a otros responsables del tratamiento que utilicen modelos “consentimiento o pago” para obtener el consentimiento de los interesados.

OBSERVACIONES GENERALES

El EDPB, a través de su Dictamen 08/2024, aclara las siguientes cuestiones:

- (i) El consentimiento no exime del cumplimiento del resto de principios y obligaciones establecidos en la normativa de protección de datos personales. Por tanto, aunque se cuente con el consentimiento del interesado, no se podrán recoger y tratar más datos personales de los estrictamente necesarios para la finalidad que se pretende alcanzar.
- (ii) En caso de que existan opciones menos intrusivas en los derechos y libertades de los interesados, se deberá escoger estas últimas.
- (iii) Se debe garantizar el principio de privacidad desde el diseño y por defecto, evitando patrones de diseño engañosos para los interesados a la hora de recoger su consentimiento.

REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO VÁLIDO

En primer lugar, el consentimiento debe ser **libre** y, por tanto, el interesado debe tener libertad de elección. Este requisito no se cumplirá cuando el interesado se sienta obligado a consentir o sufra alguna consecuencia negativa en caso de no prestar su consentimiento. En concreto, el EDPB establece que, para que el consentimiento se entienda libre, se deberán analizar las siguientes cuestiones:

- (i) Con carácter general, el Dictamen 08/2024 establece que es altamente probable que, cuando una gran plataforma en línea implemente un modelo “consentimiento o pago”, se produzca un perjuicio al interesado. Para reducir o mitigar este perjuicio, el EDPB resalta la importancia de **ofrecer una alternativa gratuita sin publicidad comportamental**. Sobre esta cuestión, el EDPB establece que los sistemas de “consentimiento o pago” no deben implementarse por defecto, sino que se debe valorar la posibilidad de ofrecer una alternativa equivalente para acceder a los servicios que no implique el pago de una suscripción. Esta alternativa equivalente no debe implicar el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental, pudiendo ser una versión del servicio con formas de publicidad que traten menos datos personales o no traten ninguno (e.g. publicidad contextual o publicidad sin personalizar).
- (ii) En el caso de que el interesado no consienta, **no debe conllevar ninguna consecuencia negativa**. En aquellos supuestos en los que se haya implementado un sistema de “consentimiento o pago” y no exista una alternativa equivalente de acceso libre de pago, el EDPB indica que el interesado sufrirá una consecuencia económica negativa. Se destaca que este perjuicio es especialmente evidente cuando el usuario haya podido utilizar el servicio durante un periodo prolongado de tiempo sin pagar ninguna suscripción y se bloquee su acceso en un determinado momento.

Para evitar el mencionado perjuicio económico, el EDPB establece que el precio de la suscripción no debe incidir en la capacidad de elección del interesado.

El EDPB también se refiere a algunos servicios ofrecidos por grandes plataformas en línea que, en caso de condicionar el acceso a los mismos al consentimiento o al pago de una suscripción, se entenderá que causa un perjuicio al interesado al afectar a su participación en la vida social y, por tanto, perjudicar su estado emocional y bienestar psicológico. En concreto, el EDPB se refiere a plataformas que permiten estar en contacto con otras personas o aplicaciones de empleo.

(iii) El posible **desequilibrio de poder** que pueda existir entre el interesado y el responsable del tratamiento implicará que el consentimiento pueda no ser considerado libre. Por tanto, el responsable deberá analizar si el consentimiento del interesado se otorga o no en una situación de desequilibrio. Para ello, deberá considerarse la posición que ocupa el responsable en el mercado, especialmente si ostenta una posición de dominio. En tal caso, es probable que exista una situación de desequilibrio de poder.

Sobre la cuestión anterior, el EDPB también considera que se deben tener en cuenta otras circunstancias como el posible efecto de red (*network effect*) o bloqueo (*lock-in effect*), la dependencia del interesado al servicio proporcionado o el público objetivo de la plataforma.

(iv) Si la prestación del servicio se **condiciona** al otorgamiento del consentimiento. El EDPB considera que debe realizarse un análisis caso por caso respecto a la condicionalidad del consentimiento en el que se debe valorar:

- La prestación de una “alternativa equivalente”. Esta alternativa debe ser prestada por el mismo responsable del tratamiento y debe contener esencialmente los mismos elementos y funciones que la alternativa con consentimiento para fines de publicidad comportamental. Si la alternativa tiene una calidad diferente o menor, o se suprimen funciones, la alternativa no podrá ser considerada equivalente.
- La suscripción que se solicite en su caso solo es válida en determinados supuestos. El responsable del tratamiento debe evaluar, caso por caso, si la suscripción y la cuantía es apropiada teniendo en cuenta las circunstancias y los requisitos para que el consentimiento sea válido desde la perspectiva de protección de datos. Entre las circunstancias que se deberán valorar es si la suscripción puede obstaculizar la capacidad del interesado en consentir.

El EDPB establece que corresponde a cada responsable del tratamiento valorar la cuantía de la suscripción, siendo las autoridades de control competentes las, en última instancia, decidan si el consentimiento se otorga o no libremente.

- Los interesados, para que puedan tener un control efectivo sobre sus datos personales, deben poder elegir individualmente las finalidades para las que prestan su consentimiento, sin que sea válido recoger su consentimiento para una variedad de propósitos diferentes.

En segundo lugar, el consentimiento debe ser **informado**, por lo que antes de recogerse el mismo, el responsable deberá proporcionar a los interesados toda la información que exige la normativa de protección de datos y, además, deberá asegurarse que los interesados entienden qué es lo que están consintiendo.

El EDPB indica que, cuando se implementan modelos de “consentimiento o pago”, la información que se proporciona a los interesados debe estar alineada con las opciones presentadas.

En tercer lugar, el consentimiento debe ser **específico**. Las grandes plataformas en línea deben definir claramente las finalidades de tratamiento y proporcionar información suficiente a los interesados para

que comprendan dichas finalidades y decidan si desean otorgar su consentimiento. Asimismo, deben evaluar individualmente si el tratamiento de la publicidad comportamental implica diferentes finalidades y si requiere consentimientos separados, teniendo en cuenta la granularidad del consentimiento y la necesidad de información completa y detallada para los usuarios.

Por último, el consentimiento debe ser **inequívoco**, es decir, debe proporcionarse a través de una clara acción afirmativa. Los responsables deben evitar cualquier forma de engaño en el diseño y presentación de las opciones, debiendo asegurarse de que los interesados entienden claramente qué están consintiendo.

Además de lo anterior, el Dictamen 08/2024 también recuerda otros aspectos relevantes relacionados con el consentimiento. En especial, recuerda que los interesados deben tener el derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento y que este consentimiento debe renovarse cada cierto tiempo. Respecto a esta última cuestión, el EDPB considera que el plazo de un año para renovar el consentimiento parece apropiado.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el Dictamen 08/2024, el EDPB considera que el consentimiento recogido a través de los modelos “consentimiento o pago” de las grandes plataformas en línea para tratamientos relacionados con publicidad comportamental solo puede considerarse válido en la medida en que dichas plataformas puedan demostrar, de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva, que se cumplen todos los requisitos expuestos anteriormente.

• • •

Si desea más información sobre estos temas o cualquier otro asunto relacionado, puede ponerse en contacto con el equipo de profesionales del área de Privacidad, IT y Entornos Digitales de BROSETA.

Área de Privacidad, IT y Entornos Digitales de BROSETA



Miguel Geijo
Socio. Director del Área
mgeijo@broseta.com



Agustín Puente
Socio
apuente@broseta.com



Madrid. Goya, 29. 28001. T. +34 914 323 144; **Valencia.** Pascual y Genís, 5. 46002. T. +34 963 921 006;
Barcelona. Carrer de Tuset, 23. 08006 Tel. +34 93 362 05 45 **Lisboa.** Av. António Augusto Aguiar, 15. 1050-012. T. +351 300 509 035;
Zúrich. Schützengasse 4, 8001. T. +41 44 520 81 03

Firma miembro de la **Red Legal Iberoamericana**



Aviso legal. Si no desea recibir información de BROSETA, por favor, remita un correo a mercantil@broseta.com, indicando en el asunto BAJA INFO BROSETA. © BROSETA 2023. Todos los derechos reservados.