



**LOS MODELOS DE «CONSENTIMIENTO O PAGO»: DICTAMEN 08/2024
SOBRE EL CONSENTIMIENTO VÁLIDO EN EL CONTEXTO DE LOS MODELOS
DE CONSENTIMIENTO O PAGO APLICADOS POR LAS GRANDES
PLATAFORMAS EN LÍNEA ***

Blanca Aparicio Araque
Becaria de Investigación Máster Universitario Santander
Universidad de Castilla la Mancha

Fecha de publicación: 4 de septiembre de 2024

En primer lugar, el Comité Europeo de protección de Datos ha aprobado el dictamen 8/2024¹, referente a la oferta por parte de las grandes plataformas en línea (como son las redes sociales) de acceso sin publicidad mediante el pago de una tarifa (“consentimiento o pago” o “pay or okay”). El CEPD viene a decir que, en la mayoría de los casos, no será posible que cumplan los requisitos de un consentimiento válido si solo ofrecen a los usuarios una elección binaria entre el consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental y el pago de una tarifa que evite dichos tratamientos de datos personales. La AEPD ha actualizado el punto “3.2.10. Posibilidad de denegación al servicio en caso de rechazo a las cookies” de su guía sobre cookies². Siguiendo las directrices establecidas por el CEPD acerca del consentimiento, para que este se dé libremente, el acceso a los servicios y funcionalidades no debe estar supeditado a la aceptación por el usuario del uso de cookies³. Esto se traduce en la

* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

¹ Dictamen 08/2024 sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago aplicados por las grandes plataformas en línea, aprobado el 17 de abril de 2024.

² Véase en este sentido la Guía sobre el uso de las cookies, de la Agencia Española de Protección de Datos, actualizada en mayo de 2024.

³ Cabe destacar el significado de este término: las cookies son pequeños archivos de texto alfanumérico que, bien el equipo gestor de una página web, bien un tercero (el proveedor de publicidad) coloca en el ordenador de un usuario cuando navega por dicha página web para registrar información diversa sobre



imposibilidad de la utilización de los “muros de cookies”, que no presenten una alternativa al consentimiento de las famosas cookies, y más en aquellos supuestos en los que la denegación de acceso impediría el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario por ser, como ejemplo, el acceso a ese determinado sitio web el único medio facilitado al usuario para ejercitar tal derecho. Sí cabe la posibilidad de que, en algunos supuestos, la no aceptación de la utilización de cookies impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre y cuando se informe de manera debida al usuario, y se ofrezca una alternativa (aunque no sea gratuita) para acceder al servicio sin que sea necesario aceptar las cookies. Por tanto, la oferta de una alternativa de pago al servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no se debe convertir en la única opción para los responsables del tratamiento. Las grandes plataformas en línea deben considerar la posibilidad de proporcionar a los interesados una “alternativa equivalente” que no suponga el pago de una tarifa, ofreciendo una alternativa gratuita, sin publicidad comportamental, que pueda considerarse equivalente. Esta opción encuentra su razón de ser en el principio de minimización de datos, que es aquel que obliga a los responsables del tratamiento, quienes son los que deben asegurar que solo serán tratados los datos necesarios para la actividad publicitaria. El ofrecimiento de esta alternativa es realmente importante para valorar si el consentimiento otorgado para la publicidad comportamental sería considerado como válido, y no se ha producido detrimento al interesado.

En definitiva, las líneas de argumentación de esta autoridad europea en protección de datos son las siguientes: (i) *respeto a los principios del tratamiento*: la obtención del consentimiento del usuario no exime del cumplimiento de los principios aplicables a cualquier tratamiento de datos recogidos en el artículo 5 RGPD; (ii) *elección real*: como hemos indicado, un factor importante es el ofrecimiento por las grandes plataformas en línea de una «alternativa equivalente gratuita sin datos», añadida al modelo «consiente o paga»; (iii) *ausencia de perjuicio en caso de denegar o retirar el consentimiento*: de esta forma, si no se ofrecen opciones gratuitas para acceder al servicio, la tasa a pagar no puede ser tal que inhiba efectivamente a los interesados de tomar una decisión libre; (iv)

éste, incluyendo la relativa a sus preferencias, hábitos de navegación o ubicación desde la que se realiza la consulta y, posteriormente, recuperarla para nutrir sus bases de datos, personalizar la configuración de las páginas o hacer que un sitio web sea exclusivo para un usuario concreto, ofreciéndole una publicidad que se adecue a sus características propias. En este sentido, véase FLAQUER RIUTORT, J., Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy), *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 47, 2018, p. 50.; PALMER, D. E., Pop-Ups, Cookies, and Spam: Toward a Deeper Analysis of the Ethical Significance of Internet Marketing Practices, *Journal of Business Ethics*, núm. 58, 2005, p. 273., citadas en TRUJILLO CABRERA, C., LOS NUEVOS COOKIE WALLS: «CONSENT OR PAY» A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023, *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 2 (abril-junio, 2024) *Estudios*, ISSN 2341-22, pp. 75-112.



no existencia de desequilibrio de poder: debe evaluarse, caso por caso, si existe un desequilibrio de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento que impida la existencia de una opción práctica real para los interesados; (v) *condicionalidad*: si se requiere el consentimiento para acceder a bienes o servicios, aunque el tratamiento no sea necesario para el cumplimiento del contrato, es otro criterio para evaluar si el consentimiento es libre; (vi) *consentimiento específico y granular*: el interesado debe ser libre de elegir la finalidad del tratamiento que acepta, en lugar de enfrentarse a una solicitud de consentimiento que agrupa varias finalidades; (vii) *consentimiento informado*: el proceso de información elaborado por los responsables del tratamiento debe permitir a los interesados comprender plena y claramente el valor, el alcance y las consecuencias de sus posibles opciones, (viii) *retirada del consentimiento*: debe ofrecerse una opción de retirada del consentimiento claramente reconocible y fácilmente accesible, distinguiendo entre el ejercicio del derecho de desistimiento y el deseo del usuario de seguir utilizando el servicio tras la retirada del consentimiento; (ix) *renovación del consentimiento*: parece apropiado imponer en los modelos «consiente o paga» un período de tiempo limitado durante el cual el consentimiento será válido⁴.

En cuanto a la legitimidad del tratamiento de datos en la publicidad, recordamos que la base de legitimación del mismo puede ser: la ejecución de un contrato, el interés legítimo o el consentimiento. En primer lugar, el artículo 6.1 apartado b) RGPD⁵ establece que será lícito el tratamiento si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado en parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. La cuestión clave para determinar la posibilidad o no de que el tratamiento de datos con fines de publicidad comportamental realizado por medio de cookies pueda llevarse a cabo sobre esta base de legitimación radica, por tanto, en que sea objetivamente necesario, y no meramente útil, para la ejecución del contrato o para la aplicación, a petición del interesado, de medidas precontractuales⁶. En segundo lugar, el artículo 6.1 apartado f) RGPD dispone que el tratamiento será lícito cuando sea necesario para satisfacer los intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, especialmente cuando el interesado sea un niño. Los requisitos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que deben concurrir acumulativamente para poder apreciar esta base de

⁴ GARCÍA PÉREZ, R.M., Datos como contraprestación: ¿el principio del fin del modelo «consiente o paga» en el acceso a los servicios digitales?, *Actualidad Civil*, N° 6, Junio, 2024, Editorial LA LEY, págs. 13-14.

⁵ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁶ TRUJILLO CABRERA, C. ob. cit., pág. 84.



legitimación son: que el responsable del tratamiento o el tercero persigan un interés legítimo, que el tratamiento de los datos personales sea necesario para la satisfacción de ese interés legítimo, y que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos⁷. En tercer lugar, el consentimiento, que es el que más suscita nuestro interés teniendo en cuenta el tema tratado. El artículo 22.2 LSSI⁸ permitía el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, siempre que se reunieran una serie de requisitos. Esos requisitos son: que el prestador del servicio informe de forma clara y completa sobre las cookies y que el usuario preste válidamente su consentimiento. El apartado 11 del artículo 4 RGPD define el consentimiento del interesado como una «manifestación de voluntad» que debe reunir una serie de requisitos para que pueda considerarse que ha sido válidamente emitida: que sea específica, inequívoca, informada, libre y que se realice mediante una declaración o una clara acción afirmativa. En este sentido, hemos de destacar «el consentimiento libre», y como ha subrayado el GT29 en diversos dictámenes⁹, el consentimiento solo puede ser válido si el interesado puede realmente elegir y no existe riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas importantes en caso de no prestar su consentimiento. De esta manera, el consentimiento no será libre en aquellos casos en los que exista un elemento de compulsión, presión o incapacidad para ejercer la libre voluntad, quedando por tanto invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distintas) que impida que este ejerza su libre voluntad¹⁰.

Una vez expuesto el contenido y la intención de este dictamen, así como la legitimidad del tratamiento de datos, hemos de analizar cuál es la posición doctrinal al respecto. Hay autores que entienden que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sentencia del caso C-252/21, Facebook vs Bundeskartellamt¹¹, como, en nuestro país, la

⁷ TRUJILLO CABRERA, C. ob. cit., pág. 89.

⁸ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁹ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018; GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, adoptado el 8 de junio de 2017; GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies, adoptado el 7 de junio de 2012.

¹⁰ GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (WP259rev.01), Bélgica, 2018, p. 8, citado en TRUJILLO CABRERA, C. ob. cit., pág. 107.

¹¹ Asunto C-252/21 Meta Platforms Inc., anteriormente Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, anteriormente Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH Contra Bundeskartellamt, con intervención de: Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. En aras a comentar brevemente este caso, hemos de destacar que la principal fuente de financiación de Facebook proviene de la venta a otras empresas de la publicidad en línea hecha a medida para los usuarios individuales de la red social. La base del tratamiento



AEPD, con la recentísima Guía sobre el uso de las cookies, han entreabierto una rendija por la que empiezan a producirse actuaciones ciertamente cuestionables que ponen en riesgo el derecho de las personas a preservar su privacidad y su autonomía. Sin embargo, con el Dictamen 8/2024 del CEPD entienden que se acota el desarrollo de estas actuaciones, al menos en lo que respecta a las grandes plataformas en línea¹². De otro lado, también resulta de especial importancia el uso de casillas premarcadas a la hora de aceptar cookies. La APDC precisó que podrían emitirse fórmulas expresas (como sería haciendo clic en un apartado que indique «consiento», «acepto», u otros términos similares). La AEPD estima que también podrá obtenerse infiriéndolo de una inequívoca acción realizada por el usuario, en un contexto en que a éste se le haya facilitado información clara y accesible sobre las finalidades de las cookies y de si van a ser utilizadas por el mismo editor y/o por terceros, de forma que quepa entender que el usuario acepta que se instalen las mismas. Se aprecia que, en ningún caso, la mera inactividad del usuario implica la prestación del consentimiento por sí misma. Es por ello por lo que no se consideran admisibles las casillas premarcadas a favor de aceptar cookies¹³.

de los datos personales se encuentra en el contrato de servicio al que se adhieren los usuarios al registrarse, que es el momento en el que deben aceptar las condiciones establecidas por la entidad. Dentro de las cuestiones planteadas nos interesa la siguiente: *si, teniendo en cuenta que Meta Platforms gestiona una red social financiada con publicidad ofreciendo en sus condiciones de servicio la personalización de los contenidos y de la publicidad, la seguridad de la red, la mejora de los productos y el disfrute coherente y fluido de todos los productos del grupo, el tratamiento de datos off Facebook puede ampararse, bien en la necesidad para la ejecución de un contrato (art. 6.1.b RGPD), bien en la satisfacción de intereses legítimos (art. 6.1.f RGPD, que también respaldarían el tratamiento de datos con fines de mediciones y análisis a clientes publicitarios, la investigación e innovación en aras del bienestar social o el traslado de información a las autoridades policiales y judiciales y la respuesta a requerimientos legales*. En la sentencia del TJUE, de 4 de julio de 2023, (asunto C 252/21), considera el tribunal lo siguiente: (i) respecto a la ejecución del contrato: en lo que se refiere a la personalización de contenidos, considera que el tratamiento de datos personales procedentes de servicios distintos del servicio de la red social en línea no resulta necesario, ni es objetivamente indispensable, para ofrecer al usuario los servicios de la red social en línea; en cuanto a la utilización homogénea y fluida de los servicios propios del grupo Meta, tampoco se entiende la necesidad del tratamiento en tanto nadie está obligado a suscribir los diferentes servicios ofrecidos por el grupo; (ii) en cuanto al interés legítimo, considera el Tribunal que debe prevalecer el consentimiento del interesado, por cuanto no cabe entender que el usuario de la red social pueda esperar razonablemente que, sin su consentimiento, el operador de esa red tratase datos personales para esta finalidad, teniendo en cuenta el volumen particularmente amplio de los datos tratados (de fuentes externas a la red social) y su gran impacto en el usuario; (iii) y teniendo en cuenta otras bases jurídicas, el TJUE sigue la tradicional interpretación estricta de las autoridades de protección de datos en relación al concepto de «necesidad» del tratamiento previsto por el artículo 6 RGPD al establecer las bases de legitimación: el tratamiento de datos personales sólo podrá justificarse si es necesario y proporcional. Véase en este sentido GARCÍA PÉRES R.M., ob. cit. págs. 8.9.

¹² TRUJILLO CABRERA, C. ob. cit., pág. 107.

¹³ BLANDINO GARRIDO, M.A., El consentimiento del interesado al tratamiento de sus datos personales en las comunicaciones electrónicas, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre, 2022) *Estudios*, ISSN 2341-2216, págs. 195-228