

CEPD: Los modelos de «consentimiento o pago» deben ofrecer una opción real (...en busca de la “tercera vía”).

A principios de este año 2024 se introdujeron los ya conocidos como modelos de consentimiento o pago" (Pay or Okay), implementados por grandes plataformas digitales.

Este mismo mes de abril, el Comité Europeo sobre Protección de datos, (CEPD), se pronunció al respecto por un enfoque más ético y legalmente conforme la gestión de consentimientos para el tratamiento de datos personales.

Como veremos la cuestión está lejos de haber sido zanjada, aún existen interrogantes en cuanto a cómo se gestionan los consentimientos para el tratamiento de datos personales con fines de **publicidad basada en el comportamiento** bajo las regulaciones del Reglamento General de Protección de Datos (**RGPD**), y aunque la guía de cookies de la AEPD fue actualizada para darle cabida a este criterio tal como informamos en este mismo foro, hay que asumir que la solución sigue “en evolución”. Es probable que el actual contexto sólo sea aún un punto de partida para un debate más amplio sobre el modelo "**Pay or Okay**" en diversos contextos, dado que el Consejo Europeo de Protección de datos tiene intención de publicar más directrices a finales de este año que vayan más allá de las "grandes plataformas en línea". La cuestión central sigue siendo si un modelo "Pay or Okay" puede cumplir el requisito legal de que el consentimiento debe ser "libremente otorgado" y como dice el presidente del Consejo *“evitar transformar el derecho fundamental a la protección de datos en una característica que las personas tienen que pagar para disfrutar”* (Anu Talus).

Así pues, se pidió al CEPD que emitiera un dictamen con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD para abordar la validez del consentimiento en el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» desplegados por las grandes plataformas en línea, cuando se solicite el consentimiento para tratar datos personales con fines de publicidad comportamental, también a la vista de la sentencia *Bundeskartellamt* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-252/21).

El CEPD enfatiza que los datos personales no deben ser tratados como una mercancía y critica la comercialización de la privacidad. Argumenta que el derecho a la protección de datos personales no debería convertirse en un servicio premium que solo algunos pueden permitirse.

Así por lo que se refiere a los modelos de «consentimiento o pago» aplicados por las grandes plataformas en línea, el CEPD considera que, en la mayoría de los casos, no les será posible cumplir los requisitos para un consentimiento válido, si solo se enfrentan a los usuarios con la posibilidad de elegir entre el consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental y el pago de una tasa.

El CEPD considera que ofrecer solo una alternativa de pago a los servicios que implican el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental no debe ser el camino por defecto para los responsables del tratamiento. Al desarrollar alternativas, las grandes plataformas en línea deben considerar la posibilidad de proporcionar a las personas una **«alternativa equivalente» que no implique el pago de una tasa**. Si los responsables del tratamiento optan por cobrar una tasa por el acceso a la «alternativa equivalente», deben considerar de manera significativa la posibilidad de ofrecer una **alternativa adicional**. Esta alternativa gratuita debe ser sin publicidad comportamental, por ejemplo, con una forma de publicidad que implique el tratamiento de datos personales menores o nulos. Este es un factor particularmente importante en la evaluación del consentimiento válido en virtud del RGPD.

Es decir, que aparece la posibilidad de introducir una tercera opción más allá de "Pay or Okay", que hasta ahora ha sido ampliamente ignorada por la industria (otras formas de monetizar un sitio web, como la publicidad contextual, la colocación de productos, los contenidos de pago o los modelos freemium, en los que determinados contenidos sólo están disponibles previo pago). Lo cierto es que el sector intenta limitar el debate a dos opciones ("pagar" o "vale"), y el Consejo Europeo subraya que el RGPD no limita otras formas de financiar productos, "aunque puedan ser menos rentables".

El CEPD subraya que la obtención del consentimiento no exige al responsable del tratamiento de adherirse a todos los principios descritos en el artículo 5 del RGPD, como la limitación de la finalidad, la minimización de los datos y la equidad. Además, las grandes plataformas en línea también deben considerar el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad, y son responsables de demostrar que su tratamiento está generalmente en consonancia con el RGPD.

Por lo que se refiere a la necesidad de que el consentimiento sea libre, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: condicionalidad, perjuicio, desequilibrio de poder y granularidad. Por ejemplo, el CEPD señala que cualquier tasa cobrada no puede hacer que las personas se sientan obligadas a dar su consentimiento. Los responsables del tratamiento deben evaluar, caso por caso, si una tasa es apropiada y qué importe es apropiado. Las grandes plataformas en línea también deben considerar si la decisión de no dar su consentimiento puede llevar a la persona a sufrir consecuencias negativas, como la exclusión de un servicio destacado, la falta de acceso a redes profesionales o el riesgo de perder contenidos o conexiones. El CEPD señala que es probable que se produzcan consecuencias negativas cuando las grandes plataformas en línea utilicen un modelo de «consentimiento o pago» para obtener el consentimiento para el tratamiento.

Los controladores también deben evaluar, caso por caso, si existe un desequilibrio de poder entre el individuo y el controlador. Los factores que deben evaluarse incluyen la posición de las grandes plataformas en línea en el mercado, la medida en que la persona depende del servicio y la audiencia principal del servicio.

Además, el CEPD proporciona elementos para evaluar los criterios de consentimiento informado, específico e inequívoco que las grandes plataformas en línea deben tener en cuenta al aplicar modelos de «consentimiento o pago».

Salvo mejor opinión.

Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms.

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