

# Dictamen del Comité (art. 64)



## **Dictamen 8/2024 sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de consentimiento o pago aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño**

**Adoptado el 17 de abril de 2024**

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.



## Resumen

Las autoridades de control de los Países Bajos, Noruega y Alemania (Hamburgo) solicitaron al CEPD que emitiera un dictamen sobre la cuestión de en qué circunstancias y condiciones los modelos de «consentimiento o pago» relativos a la publicidad comportamental pueden ser aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño de forma que constituyan un consentimiento válido y, en particular, libremente dado, teniendo también en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-252/21. En efecto, el ámbito del presente Dictamen se limita a la aplicación por parte de las plataformas en línea de gran tamaño (que se definen a efectos del presente Dictamen) de modelos de «consentimiento o pago» en los que se pide a los usuarios que den su consentimiento al tratamiento con fines de publicidad comportamental.

A este respecto, el CEPD destaca la necesidad de cumplir todos los requisitos del RGPD, en particular los relativos al consentimiento válido, al tiempo que se evalúan las especificidades de cada caso. Reviste especial importancia el principio de responsabilidad proactiva. El CEPD recuerda que la obtención del consentimiento no exime al responsable del tratamiento de cumplir todos los principios expuestos en el artículo 5 del RGPD, así como las demás obligaciones de dicho Reglamento. Es fundamental cumplir los principios de necesidad y proporcionalidad, limitación de la finalidad, minimización de datos y lealtad.

En la mayoría de los casos, no será posible que las plataformas en línea de gran tamaño cumplan los requisitos para un consentimiento válido si solo plantean a los usuarios una elección binaria entre dar su consentimiento al tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental o pagar una tasa.

La oferta de (solo) una alternativa de pago al servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no debería ser el camino que los responsables del tratamiento deben seguir por defecto. Al desarrollar la alternativa a la versión del servicio con publicidad comportamental, las plataformas en línea de gran tamaño deben considerar la posibilidad de ofrecer a los interesados 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», también deben considerar la posibilidad de ofrecer otra alternativa, gratuita, sin publicidad comportamental, por ejemplo, con una forma de publicidad que implique el tratamiento de menos datos personales (o de ninguno). Se trata de un factor especialmente importante en la evaluación de determinados criterios para el consentimiento válido con arreglo al RGPD. En la mayoría de los casos, el hecho de que el responsable del tratamiento ofrezca gratuitamente otra alternativa sin publicidad comportamental tendrá un efecto sustancial en la evaluación de la validez del consentimiento, en particular en lo que respecta al aspecto del perjuicio.

Por lo que respecta a los requisitos del RGPD para el consentimiento válido, en primer lugar, el consentimiento se debe «dar libremente». Con el fin de evitar perjuicios que excluyan el consentimiento dado libremente, ninguna tasa impuesta puede impedir efectivamente a los interesados elegir con libertad. Además, puede producirse un perjuicio cuando los interesados que no dan su consentimiento no pagan una tasa y, por lo tanto, se enfrentan a la exclusión del servicio, especialmente en los casos en los que el servicio tiene un papel destacado o es decisivo para la participación en la vida social o el acceso a redes profesionales, más aún en presencia de efectos de dependencia o de red. Como consecuencia de ello, es probable que se produzca un perjuicio cuando las plataformas en línea de gran tamaño utilicen un modelo de «consentimiento o pago» para obtener el consentimiento para el tratamiento.

Los responsables del tratamiento también deben evaluar, caso por caso, si existe un desequilibrio de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento. Los factores que deben evaluarse incluyen la posición de la plataforma en línea de gran tamaño en el mercado, la existencia de efectos de dependencia o de red, la medida en que el interesado depende del servicio y el público principal del servicio.

El elemento de condicionalidad, es decir, 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 se ha «dado libremente». El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia en el asunto Bundeskartellamt que a los usuarios que se nieguen a dar su consentimiento a determinadas operaciones de tratamiento se les debe ofrecer, «en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos». De este modo, los responsables del tratamiento evitarán un problema de condicionalidad. En cualquier caso, también deben cumplirse los demás criterios para el consentimiento «dado libremente».

Una «alternativa equivalente» se refiere a una versión alternativa del servicio ofrecido por el mismo responsable del tratamiento que no implica el consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental. El Dictamen proporciona elementos que pueden ayudar a garantizar que la alternativa sea realmente equivalente. Si la versión alternativa solo es diferente en la medida necesaria como consecuencia de que el responsable del tratamiento no puede tratar los datos personales con fines de publicidad comportamental, puede considerarse, en principio, equivalente.

Con respecto a la imposición de una tasa para acceder a la versión «alternativa equivalente» del servicio, el CEPD recuerda que los datos personales no pueden considerarse una mercancía comercializable, y los responsables del tratamiento deben tener presente la necesidad de evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en una característica por la que los interesados tengan que pagar para disfrutar. Los responsables del tratamiento deben evaluar, caso por caso, tanto si una tasa es adecuada como el importe adecuado en las circunstancias dadas, teniendo en cuenta posibles alternativas a la publicidad comportamental que impliquen el tratamiento de menos datos personales, así como la posición de los interesados. Los responsables del tratamiento deben garantizar que la tasa no impida a los interesados hacer una verdadera elección a la luz de los requisitos de un consentimiento válido y de los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD, en particular la lealtad. El principio de responsabilidad proactiva es clave a este respecto. Las autoridades de control se encargan de hacer cumplir la aplicación del RGPD, lo que también puede estar relacionado con el efecto de cualquier tasa en la libertad de elección de los interesados.

Otra condición es la granularidad: cuando se le presente un modelo de «consentimiento o pago», el interesado debe ser libre de elegir la finalidad del tratamiento que acepta, en lugar de enfrentarse a una solicitud de consentimiento que agrupe varias finalidades.

El consentimiento válido también debe ser «específico», es decir, se debe dar para uno o varios fines específicos, y equivaler a una manifestación de voluntad inequívoca: en los modelos de «consentimiento o pago» es especialmente importante que los responsables del tratamiento diseñen atentamente cómo se pide a los interesados que den su consentimiento. Los usuarios no deben estar sujetos a patrones de diseño engañosos.

Para que el consentimiento sea «informado», el proceso de información desarrollado por los responsables del tratamiento debe permitir a los interesados tener una comprensión completa y clara

del valor, el alcance y las consecuencias de sus posibles opciones, teniendo en cuenta la complejidad de las actividades de tratamiento relacionadas con la publicidad comportamental.

El CEPD también proporciona aclaraciones sobre la retirada del consentimiento y aconseja a los responsables del tratamiento que evalúen cuidadosamente la frecuencia con que el consentimiento debe «actualizarse».

## Índice

1	Introducción .....	7
1.1	Resumen de los hechos.....	7
1.2	Admisibilidad de la solicitud de dictamen con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD. 8	
2	Definiciones y ámbito de aplicación del Dictamen .....	10
2.1	Definiciones.....	10
2.1.1	Definición de «modelos de “consentimiento o pago”» .....	10
2.1.2	Definición de «publicidad comportamental».....	11
2.1.3	Definición de «plataformas en línea de gran tamaño» en el contexto del presente Dictamen.....	12
2.2	Ámbito del Dictamen.....	13
3	Contexto jurídico .....	14
3.1	Disposiciones pertinentes del RGPD .....	14
3.2	Otros instrumentos jurídicos.....	16
3.3	Resumen de la sentencia en el asunto Bundeskartellamt .....	17
3.4	Orientaciones existentes del CEPD.....	19
4	Evaluación del CEPD .....	19
4.1	Principios y observaciones generales.....	19
4.2	Requisitos para el consentimiento válido .....	22
4.2.1	Consentimiento dado libremente .....	22
4.2.2	Consentimiento informado .....	36
4.2.3	Consentimiento específico .....	40
4.2.4	Manifestación de voluntad inequívoca .....	41
4.3	Elementos adicionales.....	42
4.3.1	Retirada del consentimiento .....	42
4.3.2	Actualizar el consentimiento.....	44
5	Conclusiones.....	44

## El Comité Europeo de Protección de Datos

Visto el artículo 63 y el artículo 64, apartado 2, del 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 («RGPD»),

Visto el Acuerdo EEE, y en particular su anexo XI y su protocolo 37, modificado por la Decisión del Comité Mixto del EEE n.º 154/2018, de 6 de julio de 2018<sup>1</sup>,

Vistos los artículos 10 y 22 de su Reglamento interno,

Considerando lo siguiente:

1) La función principal del Comité Europeo de Protección de Datos (en lo sucesivo, «el Comité» o «el CEPD») consiste en garantizar la aplicación coherente del RGPD en todo el Espacio Económico Europeo («EEE»). El artículo 64, apartado 2, del RGPD establece que cualquier autoridad de control («AC»), el presidente del Comité o la Comisión podrán solicitar que cualquier asunto de aplicación general o que surta efecto en más de un Estado miembro del EEE sea examinado por el Comité a efectos de dictamen. El objeto del presente dictamen es examinar una cuestión de aplicación general o que surta efecto en más de un Estado miembro del EEE.

2) El dictamen del Comité será adoptado de conformidad con el artículo 64, apartado 3, del RGPD, leído en relación con el artículo 10, apartado 2, del Reglamento interno, en el plazo de ocho semanas a partir del momento en que el presidente y las autoridades de control competentes hayan decidido que el expediente está completo. Habida cuenta de la complejidad del asunto, dicho plazo puede prorrogarse seis semanas por decisión de la presidenta.

### HA APROBADO EL SIGUIENTE DICTAMEN

## 1 INTRODUCCIÓN

### 1.1 Resumen de los hechos

1. El 17 de enero de 2024, la autoridad de control neerlandesa (AC NL), que actuaba también en nombre de la autoridad de control noruega (AC NO) y la autoridad de control alemana (Hamburgo) (AC DE Hamburgo), conjuntamente denominadas «AC solicitantes», solicitó al CEPD que emitiera un dictamen de conformidad con el artículo 64, apartado 2, del RGPD en relación con los denominados modelos de «consentimiento o pago» («la solicitud»).
2. El presidente del Comité y la AC NL consideraron que el expediente estaba completo el 25 de enero de 2024. En la misma fecha, el expediente fue distribuido por la Secretaría del CEPD.

---

<sup>1</sup> Las referencias a los «Estados miembros» en el presente dictamen deben entenderse como referencias a los «Estados miembros del EEE».

3. La solicitud se refiere, en definitiva, a las circunstancias en las que las plataformas en línea de gran tamaño que atraen a grandes cantidades de usuarios del Espacio Económico Europeo (EEE) pueden aplicar los denominados «modelos de “consentimiento o pago”»<sup>2</sup> cuando los datos se tratan con fines de publicidad comportamental, de manera que se cumpla el requisito de un consentimiento válido y, en particular, dado libremente<sup>3</sup>.
4. Las AC solicitantes recuerdan las «Directrices 5/2020 del CEPD sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679», en lo sucesivo, «Directrices del CEPD sobre el consentimiento», y destacan que es importante evaluar si los interesados a los que se plantean modelos de «consentimiento o pago» «pueden realmente elegir», teniendo en cuenta el «riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas importantes» o si existe «un elemento de compulsión, presión o incapacidad para ejercer la libre voluntad»<sup>4</sup>.
5. Las AC solicitantes mencionan además que las cuestiones anteriores deben abordarse teniendo en cuenta la sentencia Bundeskartellamt del Tribunal de Justicia<sup>5</sup>.
6. Por último, en sus motivaciones de la solicitud, las AC solicitantes señalan que varios miembros del CEPD ya han proporcionado orientaciones relativas a los modelos de «consentimiento o pago» a escala nacional, por ejemplo, en relación con los medios de comunicación, y que, aunque estas orientaciones nacionales son valiosas y constituyen un buen punto de partida, suelen estar dirigidas a los responsables del tratamiento más pequeños<sup>6</sup>. Así pues, las AC solicitantes alegan que es necesario dar una respuesta a las cuestiones específicas planteadas por la aplicación de modelos de «consentimiento o pago» por parte de las plataformas en línea de gran tamaño, a fin de garantizar una interpretación y aplicación coherentes del RGPD.

## 1.2 Admisibilidad de la solicitud de dictamen con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD

7. El artículo 64, apartado 2, del RGPD establece que, en particular, cualquier AC podrá solicitar que cualquier asunto de aplicación general o que surta efecto en más de un Estado miembro sea examinado por el Comité a efectos de dictamen.

---

<sup>2</sup> Véase la definición en la sección 2.1.1 del presente Dictamen.

<sup>3</sup> Solicitud de dictamen con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD (en lo sucesivo, «la solicitud»), sección I («Introducción»), p. 1.

<sup>4</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), A. Marco jurídico relativo al concepto fundamental de consentimiento, p. 2. A este respecto, véanse las Directrices 5/2020 del CEPD sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de mayo de 2020 (en lo sucesivo, «Directrices del CEPD sobre el consentimiento»), apartado 24.

<sup>5</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), B. La relación entre el consentimiento y los «modelos de consentimiento o pago», p. 3. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023, Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt, C-252/21, EU:C:2023:537 (en lo sucesivo, «sentencia Bundeskartellamt del TJUE»). Más concretamente, las AC solicitantes recuerdan los apartados 143 a 144 y 148 a 150 de la sentencia Bundeskartellamt del TJUE.

<sup>6</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), C. Evolución actual y necesidad de claridad, p. 4. Más concretamente, las AC solicitantes presentan, junto con la solicitud, orientaciones nacionales que proporcionan criterios generales para los modelos de «consentimiento o pago» emitidos por las autoridades de control alemana (Hamburgo), austriaca y francesa.

8. Las AC solicitantes especifican en la solicitud que «desde el punto de vista de la protección de datos, por el momento no existe una respuesta europea coherente a la pregunta mencionada anteriormente<sup>7</sup> en relación con la validez del consentimiento en relación con los modelos de “consentimiento o pago”<sup>8</sup>. Además, subrayan que esto «es motivo de preocupación, ya que esta cuestión está [...] inextricablemente ligada a la interpretación del concepto de consentimiento y, por tanto, a una cuestión de aplicación general en relación con un concepto clave del RGPD»<sup>9</sup>.
9. La solicitud se refiere a la interpretación coherente del concepto de consentimiento y, más concretamente, a las circunstancias en que puede considerarse válido el consentimiento recogido por las plataformas en línea de gran tamaño que tratan datos personales con fines de publicidad comportamental y aplican modelos de «consentimiento o pago». En consecuencia, el Comité considera que la solicitud se refiere a un «asunto de aplicación general» en el sentido del artículo 64, apartado 2, del RGPD. En particular, el asunto se refiere a cuestiones relacionadas con la aplicación práctica de disposiciones clave del RGPD y en relación con las cuales, por el momento, no existe una interpretación coherente a escala de la Unión. Por lo tanto, puede argumentarse que existe un interés general en evaluar esta cuestión en forma de dictamen del CEPD, a fin de garantizar la aplicación uniforme del RGPD. La aplicación de modelos de «consentimiento o pago» por parte de las plataformas en línea de gran tamaño plantea cuestiones específicas: como destacan las AC solicitantes, «esta falta de un enfoque uniforme es especialmente acuciante en lo que respecta a las plataformas en línea de gran tamaño, que atraen a millones de interesados en Europa. Se puede argumentar que, especialmente cuando se trata de plataformas en línea de semejante tamaño, se requiere un enfoque uniforme en relación con cualquier cuestión de aplicación general relacionada con este tipo de responsables del tratamiento, teniendo en cuenta que estas plataformas están activas en todos los Estados miembros de la UE y del EEE y que cualquier modelo de “consentimiento o pago” aplicado por los responsables del tratamiento que operan este tipo de plataformas en línea de gran tamaño afectará a millones de interesados europeos»<sup>10</sup>.
10. La solicitud incluye una motivación escrita sobre los antecedentes y los motivos para someter la cuestión al Comité, en particular en lo que se refiere al marco jurídico pertinente, la relación entre el consentimiento y los modelos de «consentimiento o pago», así como la evolución actual de la jurisprudencia del TJUE y la necesidad de claridad e interpretación coherente<sup>11</sup>. Por lo tanto, el Comité considera que la solicitud está motivada de conformidad con el artículo 10, apartado 3, de su Reglamento interno<sup>12</sup>.
11. De conformidad con el artículo 64, apartado 3, del RGPD, el CEPD no emitirá un dictamen si ya ha emitido un dictamen sobre el mismo asunto<sup>13</sup>. Como se explica más adelante en la sección 3.4, el CEPD no ha emitido un dictamen sobre el mismo asunto y aún no ha respondido a las preguntas derivadas de la solicitud.

---

<sup>7</sup> Véase el apartado 3 del presente Dictamen.

<sup>8</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), C. Evolución actual y necesidad de claridad, p. 4.

<sup>9</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), C. Evolución actual y necesidad de claridad, p. 4.

<sup>10</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), C. Evolución actual y necesidad de claridad, p. 5.

<sup>11</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), pp. 1-5.

<sup>12</sup> El artículo 10, apartado 3, del Reglamento interno del CEPD establece: «Las peticiones irán acompañadas de motivaciones con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD».

<sup>13</sup> Artículo 64, apartado 3, del RGPD y artículo 10, apartado 4, del Reglamento interno del CEPD.

12. Por estas razones, el Comité considera que la solicitud es admisible y que las cuestiones que se derivan de ella deben analizarse en el presente dictamen (el «Dictamen») adoptado de conformidad con el artículo 64, apartado 2, del RGPD.
13. La siguiente sección ofrece una definición de los modelos de «consentimiento o pago», «publicidad comportamental» y «plataformas en línea de gran tamaño» en el contexto de las presentes conclusiones, así como una descripción del alcance de estas.

## 2 DEFINICIONES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DICTAMEN

### 2.1 Definiciones

#### 2.1.1 Definición de «modelos de “consentimiento o pago”»

14. Los modelos de «consentimiento o de pago»<sup>14</sup> pueden definirse como modelos en los que un responsable del tratamiento ofrece a los interesados la posibilidad de elegir entre al menos dos opciones para acceder a un servicio en línea que presta el responsable del tratamiento: el interesado puede: 1) dar su consentimiento al tratamiento de sus datos personales para un fin determinado, o 2) decidir pagar una tasa y obtener acceso al servicio en línea sin que sus datos personales se traten con ese fin. El presente Dictamen se centrará en los modelos en los que se puede dar consentimiento al tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental.
15. Con arreglo a la primera opción mencionada anteriormente, los interesados solo tienen acceso al servicio si dan su consentimiento para ser objeto de seguimiento y segmentación con publicidad comportamental por parte del responsable del tratamiento. En este caso, el modelo de negocio del responsable del tratamiento suele financiarse mediante publicidad en línea basada en el comportamiento de los usuarios.
16. En la segunda opción, los interesados pagan una tasa (que puede ser, por ejemplo, una suscripción semanal, mensual o anual, así como un pago único)<sup>15</sup> y se les permite acceder a una versión del servicio que no incluya el tratamiento de los datos personales del usuario con fines de publicidad comportamental. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, si bien esta segunda opción puede implicar que no se realice ningún seguimiento de los interesados, también podría implicar que se siguiera realizando un seguimiento de los interesados con distintos fines, por ejemplo, para analizar el uso de un sitio web con el fin de mejorar sus funcionalidades. En cualquier caso, el CEPD recuerda que dichos fines deben ser legítimos y específicos y que el tratamiento debe basarse en un motivo lícito con arreglo al RGPD. Además, las *cookies* o las tecnologías de seguimiento podrían seguir utilizándose, en la versión de pago del servicio, para fines distintos a los de la publicidad comportamental. Si cualquier tecnología utilizada implica el acceso o el almacenamiento de información en equipos

---

<sup>14</sup> Véanse también a este respecto documentos adoptados a escala nacional, como i) AC de Austria (DSB), *FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz*, 20 de diciembre de 2023, ii) AC de Francia (CNIL), *Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation*, 16 de mayo de 2022, y iii) la Conferencia de Autoridades de Protección de Datos Independientes de Alemania (DSK), *Beschluss - der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder*, 22 de marzo de 2023.

<sup>15</sup> En estos casos, la suscripción de pago también puede diferir en función de los servicios a los que el usuario accede, por ejemplo, un servicio básico para el primer nivel de suscripción o uno adicional para servicios o funcionalidades adicionales o complementarios.

terminales, esto está sujeto al cumplimiento del RGPD y del artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, si procede.

17. Aunque en los modelos de «consentimiento o pago» que se examinan en el presente Dictamen normalmente se deniega a un interesado el acceso al servicio si no da su consentimiento al tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental ni paga una tasa, el CEPD destaca que puede ofrecerse a los interesados otra alternativa sin publicidad comportamental, gratuita, como se describe más adelante en la sección 4.2.1.1.

### 2.1.2 Definición de «publicidad comportamental»

18. El CEPD señala que los mecanismos que permiten el suministro de publicidad personalizada en línea a los interesados han proliferado con el tiempo. Su sofisticación también ha aumentado. Los usuarios pueden ser objeto de publicidad personalizada sobre la base de diferentes criterios y técnicas, en particular a partir de información relacionada con su comportamiento en línea y fuera de línea.
19. La publicidad comportamental, que implica el desarrollo de perfiles detallados de los interesados, se ha convertido en una característica clave de determinados modelos de negocio en el entorno en línea actual. En el Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29), la «publicidad comportamental» se define como la «publicidad basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos»<sup>16</sup>. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 también ha subrayado que la publicidad comportamental «busca estudiar las características de dicho comportamiento a través de sus acciones (visitas repetidas a un sitio concreto, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc.) para desarrollar un perfil específico y proporcionar así a los usuarios anuncios a medida de los intereses inferidos de su comportamiento»<sup>17</sup>.
20. Como se explica en el mencionado Dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29, la publicidad comportamental se basa en datos recogidos mediante la observación de la actividad de los usuarios a lo largo del tiempo (por ejemplo, a partir de las páginas que visitan, el tiempo que pasan en una página en la que se muestra un determinado producto, el número de reconexiones a una página, los «me gusta» o su ubicación). En estos casos, el seguimiento de los usuarios se lleva a cabo mediante el uso de *cookies* u otras tecnologías de seguimiento similares (por ejemplo, «social plug-ins» [complementos sociales] o píxeles de seguimiento). Los usuarios pueden ser objeto de seguimiento a través de diferentes sitios web por parte de diversos agentes (por ejemplo, plataformas y corredores de datos)<sup>18</sup>. Los datos recogidos, que en determinados casos pueden agregarse con datos facilitados activamente por el usuario (por ejemplo, cuando crean una cuenta en línea o cuando inician sesión en un sitio web), o con datos fuera de conexión, permiten a las empresas deducir información sobre el usuario y extraer conclusiones sobre sus preferencias, gustos e intereses<sup>19</sup>. Se llevan a cabo varias actividades de

---

<sup>16</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 2/2010 sobre la publicidad comportamental en línea, WP 171, adoptado el 22 de junio de 2010 (en lo sucesivo, «Dictamen sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29»), p. 4.

<sup>17</sup> Dictamen sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29, p. 4.

<sup>18</sup> Directrices 8/2020 del CEPD sobre la focalización de los usuarios de medios sociales, versión 2.0, adoptadas el 13 de abril de 2021 (en lo sucesivo, «Directrices del CEPD sobre la focalización»), apartado 3.

<sup>19</sup> Dictamen sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29, p. 7 («Hay dos modos principales de crear perfiles de usuario: i) Perfiles predictivos, establecidos por inferencia de la observación continuada del comportamiento de usuarios individuales y colectivos, especialmente controlando las páginas visitadas y los anuncios visionados clicados; ii) Perfiles explícitos, creados a partir de los datos personales proporcionados por los usuarios al sitio de internet, por ejemplo al registrarse. Estos dos modos se

tratamiento cuando los responsables del tratamiento tratan datos personales con fines de publicidad comportamental. Entre ellas se incluyen la supervisión del comportamiento de los interesados, la recopilación de datos personales y su análisis con el fin de crear y desarrollar perfiles de usuarios, el intercambio de datos personales con terceros como parte de la creación y el desarrollo de perfiles de usuarios o para poner en contacto a anunciantes con editores, el envío a los interesados de anuncios personalizados en función del perfil resultante y el análisis de la interacción de los usuarios con los anuncios mostrados en función de su perfil.

21. Por este motivo, la publicidad comportamental se considera una forma especialmente intrusiva de publicidad, ya que puede proporcionar a los responsables del tratamiento una imagen muy detallada de la vida personal de las personas. Además, como recuerda el CEPD en sus Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales, plantea riesgos significativos para los derechos y libertades fundamentales de los interesados, incluida la posibilidad de discriminación y exclusión y la posible manipulación de los usuarios<sup>20</sup>.

### 2.1.3 Definición de «plataformas en línea de gran tamaño» en el contexto del presente Dictamen

22. El presente Dictamen se centra en los modelos de «consentimiento o pago» aplicados por los «responsables del tratamiento de las “plataformas en línea de gran tamaño” que atraen a grandes cantidades de usuarios en el EEE»<sup>21</sup>. Es importante identificar el tipo de plataformas que entran en el ámbito de aplicación del presente Dictamen.
23. El CEPD recuerda que las «plataformas en línea» no se definen en el RGPD. Procede, por tanto, especificar el significado de este concepto. A efectos del presente Dictamen, el concepto de «plataformas en línea» puede abarcar, aunque no exclusivamente, las «plataformas en línea», tal como se definen en el artículo 3, letra i), del Reglamento de Servicios Digitales<sup>22</sup>.
24. En los apartados siguientes, el CEPD destaca determinados elementos que deben evaluarse, caso por caso, para determinar si un responsable del tratamiento debe considerarse una «plataforma en línea de gran tamaño» a efectos del presente Dictamen. Teniendo en cuenta que determinados elementos pueden ser más pertinentes para determinados responsables del tratamiento que para otros, esta lista de elementos no es exhaustiva ni una lista de requisitos acumulativos; más bien, esta lista de elementos tiene por objeto indicar los aspectos que pueden llevar a considerar a un responsable del tratamiento como una «plataforma en línea de gran tamaño» a efectos del presente Dictamen.
25. En primer lugar, las plataformas en línea de gran tamaño son plataformas que atraen a una gran cantidad de interesados como usuarios.

---

pueden combinar. Por lo demás, los perfiles predictivos pueden explicitarse ulteriormente, cuando la persona interesada cree su login de conexión al sitio»).

<sup>20</sup> Directrices del CEPD sobre la focalización, apartados 9-18.

<sup>21</sup> Solicitud, sección I («Introducción»), p. 3.

<sup>22</sup> El artículo 3, letra i), del Reglamento de Servicios Digitales define «plataforma en línea» como «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».

26. La posición de la empresa en el mercado es otro elemento que puede ser pertinente para evaluar si el responsable del tratamiento puede considerarse una «plataforma en línea de gran tamaño».
27. Otro elemento que debe tenerse en cuenta para evaluar si un responsable del tratamiento cumple los requisitos para ser considerado «plataforma en línea de gran tamaño» es si lleva a cabo un tratamiento «a gran escala». El CEPD recuerda que el RGPD no define lo que constituye un tratamiento a gran escala, aunque el considerando 91 de dicho Reglamento ofrece algunas orientaciones. Sin embargo, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha proporcionado orientaciones (refrendadas por el CEPD) sobre el significado de «tratamiento a gran escala» en el contexto del artículo 37, apartado 1, letras b) y c), del RGPD, y más concretamente sobre los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si el tratamiento se lleva a cabo a gran escala. Estos factores también son pertinentes a efectos del presente Dictamen. Incluyen, por ejemplo, el número de interesados afectados, el volumen de datos y la extensión geográfica de la actividad de tratamiento<sup>23</sup>.
28. La definición puede abarcar, entre otros, a determinados responsables del tratamiento de «plataformas en línea de muy gran tamaño», tal como se definen en el Reglamento de Servicios Digitales<sup>24</sup> y «guardianes de acceso», tal como se definen en el Reglamento de Mercados Digitales<sup>25</sup>.

## 2.2 Ámbito del Dictamen

---

<sup>23</sup> Véanse, a este respecto, las Directrices del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 sobre los delegados de protección de datos (DPD), WP 243 rev. 01, en su versión revisada y adoptada por última vez el 5 de abril de 2017, refrendadas por el CEPD el 25 de mayo de 2018, pp. 7-8, y las Directrices del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679, WP 248 rev. 01, en su versión revisada y adoptada por última vez el 4 de octubre de 2017, refrendadas por el CEPD el 25 de mayo de 2018, p. 10.

<sup>24</sup> De conformidad con el artículo 33, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (en lo sucesivo, «Reglamento de Servicios Digitales»), las plataformas en línea de muy gran tamaño son las «plataformas en línea [...] que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones» y a las que la Comisión designe como plataformas en línea de muy gran tamaño con arreglo al artículo 33, apartado 4, del Reglamento de Servicios Digitales. De conformidad con el artículo 3, letra i), del Reglamento de Servicios Digitales, una plataforma en línea es un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público.

<sup>25</sup> De conformidad con el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (en lo sucesivo, «Reglamento de Mercados Digitales»), los guardianes de acceso son empresas que cumplen los tres requisitos acumulativos siguientes: i) tienen una gran influencia en el mercado interior; ii) prestan un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; iii) tienen una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcancen dicha posición en un futuro próximo. De conformidad con el artículo 2, apartado 2, los servicios básicos de plataforma incluyen lo siguiente: a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda en línea; c) servicios de redes sociales en línea; d) servicios de plataformas de intercambio de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes virtuales; i) servicios de computación en la nube; j) servicios de publicidad en línea, incluidas las redes de publicidad, las plataformas de intercambio de publicidad y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados en las letras a) a i).

29. El Comité está de acuerdo con las AC solicitantes en que, desde el punto de vista de la protección de datos, los modelos de «consentimiento o pago» plantean cuestiones fundamentales, en particular en lo que respecta a la interpretación y aplicación del concepto de consentimiento, a que se refieren el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los artículos 4, 5, 6 y 7 del RGPD.
30. Aunque debe recordarse que el concepto de consentimiento del RGPD se aplica a cualquier responsable del tratamiento que pretenda ampararse en esta base jurídica, el presente Dictamen se centra en las cuestiones específicas que se plantean en relación con la validez del consentimiento solicitado por las plataformas en línea de gran tamaño que aplican modelos de «consentimiento o pago», como se señala en la solicitud. Estas plataformas pueden encontrarse en una situación única con respecto a algunos de los criterios para un consentimiento válido, por ejemplo, con respecto a la existencia de un desequilibrio de poder. El uso del término «responsable(s) del tratamiento» en el presente Dictamen debe entenderse en el sentido de que abarca las plataformas en línea de gran tamaño tal como se definen en la sección 2.1.3.
31. A la luz de lo anterior, el presente Dictamen se refiere, y se limita, a la evaluación de la validez del consentimiento cuando se utiliza como base jurídica para tratar datos personales con fines de publicidad comportamental en el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño. Los factores destacados en el presente Dictamen se aplicarán normalmente a este tipo de plataformas en línea, pero no de forma exclusiva. Algunas de las consideraciones expuestas en el presente Dictamen pueden resultar útiles de manera más general para la aplicación del concepto de consentimiento en el contexto de los modelos de «consentimiento o de pago».
32. El CEPD recuerda que, de conformidad con el artículo 51, apartado 1, del RGPD, las autoridades de control tienen la responsabilidad de «supervisar la aplicación [del RGPD], con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión»<sup>26</sup>. Además, de conformidad con el artículo 51, apartado 2, del RGPD, «[c]ada autoridad de control contribuirá a la aplicación coherente [del RGPD] en toda la Unión». Por lo tanto, es competencia de las autoridades de control evaluar la validez del consentimiento utilizado como base jurídica para el tratamiento de datos personales, incluso cuando dicho consentimiento se recaba en el contexto de modelos de «consentimiento o pago» en los que los datos personales se tratan con fines de publicidad comportamental.
33. En consonancia con lo anterior, el presente Dictamen proporciona un marco para que los responsables del tratamiento y las autoridades de control evalúen la validez del consentimiento en modelos de «consentimiento o pago» abordando a su vez cada uno de los requisitos que conforman el consentimiento en virtud del RGPD. Cabe señalar que sigue siendo necesaria una evaluación caso por caso de los criterios.

## 3 CONTEXTO JURÍDICO

### 3.1 Disposiciones pertinentes del RGPD

---

<sup>26</sup> Véase también el artículo 57, apartado 1, del RGPD, en el que se enumeran las funciones de las autoridades de control.

34. A efectos del presente dictamen, el CEPD considera que las principales disposiciones pertinentes del RGPD incluyen los artículos 4, 5, 6 y 7, así como los considerandos 32, 42 y 43.
35. En virtud del artículo 4, apartado 11, del RGPD, «consentimiento» se define como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». La prestación del consentimiento por parte del interesado es uno de los motivos lícitos para el tratamiento de datos personales, especificados en el artículo 6, apartado 1, letra a), del RGPD<sup>27</sup>.
36. Además, también es importante recordar los requisitos para que los responsables del tratamiento traten datos personales en consonancia con todas las disposiciones aplicables del RGPD y, en particular, con los principios de protección de datos establecidos en el artículo 5 del RGPD<sup>28</sup> y con el principio de protección de datos desde el diseño y por defecto del artículo 25 del RGPD<sup>29</sup>.
37. El artículo 7 y los considerandos 32, 42 y 43 del RGPD establecen requisitos y orientaciones adicionales sobre la manera en que los responsables del tratamiento deben cumplir los principales elementos de los requisitos de consentimiento.
38. En particular, el artículo 7 del RGPD establece las condiciones para que el consentimiento sea válido y establece, en primer lugar, que «[c]uando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales». Esto también está relacionado con el principio de responsabilidad proactiva establecido en el artículo 5, apartado 2, del RGPD.
39. El artículo 7, apartado 2, del RGPD, establece que «[s]i el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo» y que «[n]o será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del [RGPD]».
40. El artículo 7, apartado 3, destaca el derecho del interesado a retirar su consentimiento en cualquier momento. A este respecto, «[l]a retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada». Se informará de ello al interesado antes de dar su consentimiento. El RGPD también especifica que «[s]erá tan fácil retirar el consentimiento como darlo».
41. El artículo 7, apartado 4, establece que «[a] evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un

---

<sup>27</sup> Más concretamente, el artículo 6 del RGPD establece, en su apartado 1, letra a), que «[e]l tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos».

<sup>28</sup> Véanse asimismo las Directrices del CEPD sobre la focalización, apartado 58: «El CEPD recuerda que la obtención del consentimiento tampoco anula ni disminuye en modo alguno las obligaciones del responsable del tratamiento de observar los principios del tratamiento consagrados en el RGPD, especialmente el artículo 5 en lo que respecta a la lealtad, la necesidad y la proporcionalidad, así como a la calidad de los datos. Incluso si el tratamiento de los datos personales se basa en el consentimiento del interesado, esto no legitimaría una focalización desproporcionada o injusta». Véanse también las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 5.

<sup>29</sup> Véanse las Directrices 4/2019 del CEPD relativas al artículo 25 Protección de datos desde el diseño y por defecto, versión 2.0, adoptadas el 20 de octubre de 2020 (en lo sucesivo, «Directrices sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto»).

contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato».

### 3.2 Otros instrumentos jurídicos

42. El CEPD es consciente de que algunos aspectos de los modelos de «consentimiento o pago» también podrían entrar en el ámbito de aplicación de otros instrumentos jurídicos de la UE que, aunque se consideran fuera del alcance del presente dictamen, conviene recordar.
43. El CEPD recuerda que el concepto de «consentimiento» en virtud del RGPD también es pertinente a efectos de la aplicación de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas<sup>30</sup> y las leyes nacionales de transposición<sup>31</sup>. El artículo 2, letra f), de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas establece además que el consentimiento de un usuario o abonado corresponde al consentimiento del interesado en el RGPD. Si bien el presente Dictamen se centra en la interpretación del consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos personales con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del RGPD, sus consideraciones sobre el concepto de consentimiento también son pertinentes para la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas como *lex specialis*<sup>32</sup>.
44. El CEPD señala que algunos aspectos de la cuestión planteada en la solicitud también son pertinentes para el Derecho de los consumidores y el Derecho de la competencia, y también pueden abordarse en el marco de instrumentos jurídicos como, entre otros, la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales<sup>33</sup>. Aunque el presente Dictamen no se refiera a estos otros ámbitos del Derecho o instrumentos jurídicos, puede hacer referencia a sus conceptos o normas para construir criterios de análisis pertinentes y fomentar una aplicación coherente del Derecho de la Unión.

---

<sup>30</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), modificada por la Directiva 2006/24/CE y la Directiva 2009/136/CE.

<sup>31</sup> Véase el considerando 173 del RGPD, que aclara la relación *lex specialis-lex generalis* entre la Directiva 2002/58/CE y el RGPD.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que exige el consentimiento para el acceso o el almacenamiento de información en los equipos terminales, a menos que se aplique una excepción. Véase el Dictamen 5/2019 del CEPD sobre la interacción entre la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y el RGPD, en particular en lo que respecta a la competencia, las funciones y los poderes de las autoridades de protección de datos, adoptado el 12 de marzo de 2019, apartado 40.

<sup>33</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). Otros instrumentos jurídicos pertinentes desde la perspectiva del Derecho de los consumidores son, por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

45. El CEPD es consciente de que la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (la «Directiva sobre contenidos digitales»)<sup>34</sup> también puede ser pertinente.
46. El CEPD señala, además, que determinadas disposiciones del Reglamento de Mercados Digitales<sup>35</sup>, como el artículo 5, apartado 2, establecen normas específicas para los denominados «guardianes de acceso» que tratan datos personales<sup>36</sup>, y que el artículo 5, apartado 2, de dicho Reglamento se refiere al concepto de consentimiento en virtud del RGPD.
47. Además, el CEPD señala que el Reglamento de Servicios Digitales establece obligaciones específicas para los prestadores de plataformas en línea, así como para los proveedores de plataformas en línea de muy gran tamaño<sup>37</sup>. El presente Dictamen hace referencia a las disposiciones pertinentes del Reglamento de Mercados Digitales y del Reglamento de Servicios Digitales en la medida en que sea necesario para fomentar una aplicación coherente del Derecho de la Unión<sup>38</sup>.
48. Teniendo en cuenta que el Derecho de la competencia y la legislación de protección de los consumidores son pertinentes en relación con determinados aspectos de los modelos de «consentimiento o pago», el CEPD solicitó información de los reguladores nacionales y de la UE en estos ámbitos del Derecho sobre el tema de los modelos de «consentimiento o pago».

### 3.3 Resumen de la sentencia en el asunto Bundeskartellamt

49. El TJUE abordó varias cuestiones en su sentencia de 4 de julio de 2023, derivada de una petición de decisión prejudicial. La primera de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia era si, al investigar un posible abuso de posición dominante con arreglo al Derecho de la competencia, una autoridad de competencia podía examinar si la empresa en cuestión había adoptado un comportamiento que no se ajustaba al RGPD<sup>39</sup>. En su respuesta, el Tribunal destacó el deber de cooperación leal entre las autoridades de competencia y las autoridades de control de la protección de datos<sup>40</sup>. Otras cuestiones relacionadas con la interpretación del artículo 9 del RGPD<sup>41</sup> y del artículo 6, apartado 1, letras b), d), e) y f), del RGPD<sup>42</sup>.

---

<sup>34</sup> Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales («Directiva de contenidos digitales»).

<sup>35</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 (Reglamento de Mercados Digitales).

<sup>36</sup> A este respecto, también son pertinentes los considerandos 36 y 37 del Reglamento de Mercados Digitales.

<sup>37</sup> En particular, el artículo 33, apartado 1, del Reglamento de Servicios Digitales establece que «[e]sta sección se aplicará a las plataformas en línea [...] que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones y a las que se designe como plataformas en línea de muy gran tamaño [...] en virtud del apartado 4».

<sup>38</sup> La jurisprudencia reiterada del TJUE establece que, cuando dos actos jurídicos de la Unión con el mismo valor jerárquico no establezcan prioridad de uno sobre el otro, deben aplicarse de manera compatible y que permita, por tanto, una aplicación coherente de ambos. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018, Malta c. Comisión, T-653/16, ECLI:EU:T:2018:241, apartado 137.

<sup>39</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartados 36-63.

<sup>40</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartado 53.

<sup>41</sup> El Tribunal de Justicia aborda una cuestión relativa a la interpretación del artículo 9, apartado 1, del RGPD en los apartados 64 a 85 de la sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE.

<sup>42</sup> Más concretamente, los apartados 86 a 139 de la sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE. Los apartados 86 y 97 a 126 de la sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE se refieren al artículo 6, apartado 1, letra b), y al artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD. Los apartados 127 a 139 de la sentencia en el

50. Como última cuestión prejudicial, como recuerdan las AC solicitantes, la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* se refería a la cuestión de si «puede considerarse que el consentimiento dado por el usuario de una red social en línea al operador de tal red cumple los requisitos de validez establecidos en el artículo 4, punto 11, [del RGPD], en particular el requisito de que dicho consentimiento debe prestarse libremente, cuando el citado operador ocupa una posición dominante en el mercado de las redes sociales en línea»<sup>43</sup>.
51. El TJUE recordó, en primer lugar, la definición de consentimiento que figura en el artículo 4, apartado 11, del RGPD, así como en el artículo 7, apartado 4, y en los considerandos 42 y 43 del RGPD<sup>44</sup>. Como se señala en la solicitud, el TJUE declaró que la existencia de una posición dominante de un proveedor de redes sociales en línea «no impide, como tal, que los usuarios de tal red puedan prestar válidamente su consentimiento, con arreglo al artículo 4, punto 11, [del RGPD], al tratamiento de sus datos personales efectuado por ese operador»<sup>45</sup>.
52. Sin embargo, el TJUE aclaró que una posición dominante «constituye un elemento relevante para determinar si el consentimiento ha sido efectivamente prestado válidamente y, en particular, libremente, lo que incumbe probar a dicho operador»<sup>46</sup>. Esto se debe a que esta circunstancia «puede afectar a la libertad de elección de ese usuario, que podría no estar en condiciones de denegar o retirar su consentimiento sin sufrir un perjuicio»<sup>47</sup> y «puede crear un desequilibrio manifiesto [...], entre el interesado y el responsable del tratamiento»<sup>48</sup>.
53. Además, aunque no es fundamental para la determinación del Tribunal, el TJUE mencionó que, cuando resulte que determinadas operaciones de tratamiento no son necesarias para la ejecución de un contrato<sup>49</sup>, «esos usuarios deben disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento [...], sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea, lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos»<sup>50</sup>.
54. El TJUE también destacó que, dado que «[s]e presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto», haciendo referencia al considerando 43 del RGPD. Además, identificó el «alcance del tratamiento de los datos» y el «gran impacto de este [tratamiento] en los usuarios de esa red», así como las expectativas razonables de los usuarios, como

---

asunto *Bundeskartellamt* del TJUE se refieren al artículo 6, apartado 1, letra d), y al artículo 6, apartado 1, letra e), del RGPD.

<sup>43</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), B. La relación entre el consentimiento y los «modelos de consentimiento o de pago», p. 3, que hace referencia al apartado 140 de la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE.

<sup>44</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartados 142-145.

<sup>45</sup> Véase la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 154.

<sup>46</sup> Véase la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 154.

<sup>47</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 148, que hace referencia al considerando 42 del RGPD.

<sup>48</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 149, en referencia al considerando 43 y al artículo 7, apartado 4, del RGPD.

<sup>49</sup> A este respecto, el Tribunal también hace referencia en el apartado 149 a los apartados 102-104 anteriores.

<sup>50</sup> Solicitud, sección II («Antecedentes y motivaciones de esta solicitud»), B. La relación entre el consentimiento y los «modelos de consentimiento o de pago», p. 3, que hace referencia al apartado 140 de la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE.

factores especialmente importantes en el asunto en cuestión. Una vez hecho esto, el TJUE devolvió los asuntos al órgano jurisdiccional remitente, indicando que debía comprobar si los usuarios tenían la posibilidad de dar un consentimiento separado para el tratamiento de los datos relativos a su conducta en la red social y de los datos recogidos fuera de dicha red<sup>51</sup>.

### 3.4 Orientaciones existentes del CEPD

55. Varias directrices adoptadas por el CEPD son pertinentes para el presente Dictamen<sup>52</sup>. A este respecto, las Directrices 5/2020 del CEPD sobre el consentimiento<sup>53</sup> son especialmente pertinentes. Abordan las condiciones para el consentimiento libre de los interesados, junto con los demás elementos del consentimiento válido. Sin embargo, las Directrices 5/2020 no abordan plenamente la cuestión presentada al CEPD por las AC solicitantes, ya que no explican cómo deben aplicarse las orientaciones generales del CEPD sobre el consentimiento en el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño que atraen a grandes cantidades de usuarios en el EEE y tratan sus datos personales con fines de publicidad comportamental sobre la base del consentimiento<sup>54</sup>. Por lo tanto, procede que el CEPD responda a la pregunta planteada en la solicitud mediante la emisión de un dictamen con arreglo al artículo 64, apartado 2, del RGPD.
56. Dado que el presente Dictamen tiene por objeto proporcionar un marco con arreglo al cual puedan evaluarse los modelos de «consentimiento o pago» aplicados por las plataformas en línea de gran tamaño, se abordará sucesivamente cada uno de los requisitos acumulativos que conforman el consentimiento con arreglo al RGPD.

## 4 EVALUACIÓN DEL CEPD

### 4.1 Principios y observaciones generales

57. El artículo 5 del RGPD establece los principios para el tratamiento de datos personales. A este respecto, el CEPD ya aclaró que la obtención del consentimiento no exime al responsable del tratamiento de cumplir todos los principios expuestos en el artículo 5 del RGPD<sup>55</sup> (así como las demás obligaciones previstas por dicho Reglamento). **Aunque el tratamiento de los datos personales se base en el consentimiento, ello no legitima una recogida de datos que no sean necesarios para un fin concreto de tratamiento o de una manera injusta para los interesados<sup>56</sup>.**

---

<sup>51</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartado 151.

<sup>52</sup> Entre ellas se incluyen las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, así como las Directrices del CEPD sobre la focalización.

<sup>53</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento.

<sup>54</sup> En las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, el CEPD aclaró su posición sobre las llamadas «barreras de *cookies*», en las que los interesados pueden elegir entre aceptar el almacenamiento de información en sus equipos terminales o no acceder al servicio. Este es un ejemplo de una situación en la que el consentimiento dado por los interesados no puede considerarse que se haya dado «libremente».

<sup>55</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 5 («Asimismo, la obtención del consentimiento tampoco niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento consagrados en el RGPD»).

<sup>56</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 5 («Aunque el tratamiento de los datos personales se base en el consentimiento del interesado, ello no legitima una recogida de datos que no sean necesarios para un fin concreto de tratamiento, y la misma sería esencialmente injusta»).

58. El tratamiento debe respetar los principios de **necesidad y proporcionalidad**<sup>57</sup>. El respeto de los principios de **limitación de la finalidad y minimización de los datos**<sup>58</sup> es de vital importancia. De conformidad con el principio de limitación de la finalidad, los datos personales deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos<sup>59</sup>. Los responsables del tratamiento tienen la responsabilidad de definir claramente los fines del tratamiento, también con respecto al tratamiento realizado con fines de publicidad comportamental<sup>60</sup>. Además, los responsables del tratamiento deben garantizar el cumplimiento del principio de minimización de datos<sup>61</sup>, según el cual los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados, y que refleja el citado principio de proporcionalidad<sup>62</sup>. A este respecto, los responsables del tratamiento deben, en primer lugar, determinar si tienen siquiera necesidad de tratar datos personales para sus fines pertinentes y **verificar si se pueden alcanzar los fines pertinentes por medios menos intrusivos, o tratando menos datos personales**, o teniendo datos personales menos detallados o agregados<sup>63</sup>. La sección 4.2.1.1 siguiente es pertinente a este respecto.
59. La EDPB señala que la publicidad comportamental puede incluir la recopilación y compilación de tantos datos personales como sea posible sobre los individuos y sus actividades, pudiendo llegar a vigilar toda su vida, dentro y fuera de Internet<sup>64</sup>. El CEPD considera que la magnitud y el carácter intrusivo del tratamiento deben tenerse en cuenta al evaluar el cumplimiento del principio de minimización de datos. Por lo tanto, el seguimiento excesivo, que incluye la combinación de diversas fuentes de datos en diferentes sitios web, es más difícil de conciliar con el principio de minimización de datos que, por ejemplo, un sistema de publicidad personalizada en el que los propios usuarios determinan activa y conscientemente sus propias preferencias.
60. Las actividades de tratamiento deben respetar siempre el principio de **lealtad**<sup>65</sup>. Entre los elementos clave del principio de lealtad figuran, entre otros, la necesidad de que el tratamiento se ajuste a las expectativas razonables de los interesados, la necesidad de que el responsable del tratamiento no discrimine de forma desleal a los interesados o aproveche sus necesidades o vulnerabilidades, la necesidad de evitar o tener en cuenta los desequilibrios de poder, y la necesidad de evitar cualquier lenguaje o diseño engañoso o manipulador<sup>66</sup>. A este respecto, el CEPD recuerda la necesidad de evitar patrones de diseño engañosos<sup>67</sup>. Además, el responsable del tratamiento debe tener en cuenta el impacto más amplio del tratamiento en los derechos y la dignidad de las personas físicas y conceder el

---

<sup>57</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 5 («Asimismo, la obtención del consentimiento tampoco niega o disminuye en modo alguno la obligación del responsable del tratamiento de respetar los principios del tratamiento consagrados en el RGPD, en particular, en el artículo 5 de dicho Reglamento en lo que se refiere a la lealtad, necesidad y proporcionalidad, así como a la calidad de los datos»).

<sup>58</sup> Artículo 5, apartado 1, letras b) y c), del RGPD.

<sup>59</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, sección 3.4.

<sup>60</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 72 (que hace referencia a los elementos de «determinación previa» y «especificidad» de los fines como parte del principio de limitación de la finalidad).

<sup>61</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, secciones 3.4 y 3.5.

<sup>62</sup> TJUE, sentencia del Tribunal en el asunto C-439/19 (Latvijas Republikas Saeima), apartado 98.

<sup>63</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartados 51 y 74.

<sup>64</sup> Véase la sección 2.1.2. anterior.

<sup>65</sup> Artículo 5, apartado 1, letra a), del RGPD.

<sup>66</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 70.

<sup>67</sup> Directrices 3/2022 del CEPD sobre los patrones engañosos en las interfaces de las redes sociales: como reconocerlos y evitarlos, versión 2.0, adoptada el 14 de febrero de 2023 (en lo sucesivo, «Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos»).

mayor grado de autonomía posible a los interesados<sup>68</sup>. Es fundamental que los responsables del tratamiento lo tengan en cuenta, especialmente cuando el tratamiento que realizan es especialmente intrusivo. El CEPD también señala que la lealtad puede actuar como piedra angular o punto de referencia fácilmente comprensible para los responsables del tratamiento a la hora de evaluar un modelo de «consentimiento o pago». A este respecto, es importante que los responsables del tratamiento puedan demostrar por qué consideran que determinadas opciones están en consonancia con el principio de lealtad descrito en el apartado anterior. Esto es especialmente importante si el responsable del tratamiento reduce la gama de opciones del interesado (por ejemplo, al no proporcionar una alternativa gratuita sin publicidad comportamental, como se describe a continuación en la sección 4.2.1.1) o que pueda influir indebidamente en la elección del interesado (por ejemplo, cobrando una tasa que impida efectivamente a los interesados elegir libremente).

61. También se espera que los responsables del tratamiento respeten el principio de **transparencia**. En aplicación de este principio, los responsables del tratamiento deben permitir a los interesados comprender fácilmente cómo afectará su elección al tratamiento de sus datos personales<sup>69</sup>. Por lo que se refiere al consentimiento, esto se describe con más detalle en la sección 4.2.2.
62. De conformidad con el artículo 25, apartado 1, del RGPD, el responsable del tratamiento respetará el principio de **protección de datos desde el diseño**. Esto significa que aplicarán las medidas técnicas y organizativas adecuadas concebidas para aplicar los principios de protección de datos e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos y proteger los derechos y libertades de los interesados<sup>70</sup>.
63. Además, de conformidad con el artículo 25, apartado 2, del RGPD, el responsable del tratamiento respetará el principio de **protección de datos por defecto**. Esto significa que debe elegir y responsabilizarse de aplicar parámetros y opciones de tratamiento por defecto de manera que, por defecto, solo se lleve a cabo el tratamiento que sea estrictamente necesario para cumplir el fin lícito establecido. Esto significa que, por defecto, el responsable del tratamiento no debe recoger más datos de los que sean necesarios, ni realizar un tratamiento de los datos recogidos más amplio de lo necesario para sus fines, ni conservar los datos durante más tiempo del necesario<sup>71</sup>.
64. Los niños se benefician de una protección específica, especialmente en relación con la elaboración de perfiles y la comercialización<sup>72</sup>. En particular, los **niños** no deben estar sujetos a publicidad comportamental<sup>73</sup> y, por extensión, no deben enfrentarse a modelos de «consentimiento o pago» que soliciten el consentimiento para dicho tratamiento.
65. A este respecto, reviste especial importancia el principio de **responsabilidad proactiva** recogido en el artículo 5, apartado 2, del RGPD, que establece que el responsable del tratamiento es responsable y debe ser capaz de demostrar el cumplimiento de los principios del artículo 5 del RGPD<sup>74</sup>. En relación con el consentimiento, el artículo 7, apartado 1, establece explícitamente que el responsable del

---

<sup>68</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 70.

<sup>69</sup> Considerando 39 del RGPD; Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre transparencia, apartado 4; Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 66.

<sup>70</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 7.

<sup>71</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 42.

<sup>72</sup> Considerando 38 del RGPD.

<sup>73</sup> Véase también el artículo 28, apartado 2, del Reglamento de Servicios Digitales.

<sup>74</sup> Véase, a este respecto, TJUE, sentencia del Tribunal en el asunto C-175/20, SIA «SS» contra Valsts ierņēmumu dienests, ECLI:EU:C:2022:124, apartado 77.

tratamiento debe poder demostrar que los interesados han dado su consentimiento al tratamiento cuando tienen el consentimiento como base jurídica. Como señaló el TJUE en la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt*<sup>75</sup>, el responsable del tratamiento debe poder demostrar que el consentimiento del interesado se dio libremente a la luz de las circunstancias del tratamiento y que se cumplían todas las demás condiciones para un consentimiento válido.

## 4.2 Requisitos para el consentimiento válido

66. Con el fin de responder a la cuestión de en qué circunstancias y condiciones las plataformas en línea de gran tamaño pueden aplicar los modelos de «consentimiento o pago» relativos a la publicidad comportamental de una manera que constituya un consentimiento válido y, en particular, dado libremente, el presente Dictamen abordará a su vez cada uno de los requisitos acumulativos que conforman el consentimiento en virtud del RGPD.

### 4.2.1 Consentimiento dado libremente

67. El criterio del «consentimiento dado libremente» es fundamental para entender el consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos personales. El carácter distintivo del consentimiento como fundamento jurídico del tratamiento es que es la decisión del interesado («manifestación de voluntad inequívoca») y, fundamentalmente, su libertad de elección para tomar dicha decisión, lo que determina la legalidad del tratamiento.
68. Los responsables del tratamiento deben garantizar que los interesados tengan una libertad real de elección cuando se les pida que den su consentimiento al tratamiento de sus datos personales, y no pueden limitar la autonomía de los interesados haciendo que denegar el consentimiento sea más complicado que darlo<sup>76</sup>. Esto también se ve respaldado por uno de los principales objetivos del RGPD, que es proporcionar a los interesados el control sobre sus datos personales<sup>77</sup>. Para que el consentimiento se dé libremente, los interesados deben poder determinar por sí mismos si el tratamiento puede llevarse a cabo, sin influencia inadecuada del responsable del tratamiento o de otros<sup>78</sup> y recibir información adecuada sobre el tratamiento<sup>79</sup>.
69. El CEPD ha declarado anteriormente que «el término “libre” implica elección y control reales por parte de los interesados» y que, en virtud del RGPD, «si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido»<sup>80</sup>. Como ha subrayado el CEPD en múltiples ocasiones, 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 que el interesado

---

<sup>75</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 152.

<sup>76</sup> Lo mismo se aplica a la retirada del consentimiento (véase el artículo 7, apartado 2, del RGPD).

<sup>77</sup> Véanse los considerandos 7, 42 y 43 del RGPD. El principio de transparencia y los derechos de los interesados del capítulo III del RGPD son otros ejemplos de normas destinadas a reforzar el control de los interesados sobre sus datos personales.

<sup>78</sup> Véanse, a este respecto, las Directrices del CEPD sobre los patrones de diseño engañosos, dado que, como se menciona en su apartado 3, los «patrones de diseño engañosos» pueden obstaculizar la capacidad de los interesados para dar un consentimiento informado y libremente dado.

<sup>79</sup> A este respecto, las consideraciones formuladas en la sección 4.2.2 sobre el consentimiento informado son pertinentes y deben tenerse en cuenta.

<sup>80</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 13.

no dé su consentimiento. El consentimiento no será libre en aquellos casos en los que exista un elemento de compulsión, presión o incapacidad para ejercer la libre voluntad<sup>81</sup>.

70. El RGPD establece varios criterios que deben utilizarse para evaluar si el contexto y las circunstancias en que se produce el tratamiento de datos proporcionan a los interesados autonomía suficiente para que su consentimiento se considere «dado libremente». Como explica el CEPD en sus Directrices sobre el consentimiento, los principales criterios que deben tenerse en cuenta al evaluar si el consentimiento es válido son si el interesado sufre un perjuicio al no dar su consentimiento o retirarlo; si existe un desequilibrio de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento; si se requiere el consentimiento para acceder a bienes o servicios, aunque el tratamiento no sea necesario para el cumplimiento del contrato (condicionalidad); y si el interesado puede dar su consentimiento a diferentes operaciones de tratamiento (granularidad)<sup>82</sup>. El TJUE también declaró en la sentencia en el asunto Bundeskartellamt que estas son las principales consideraciones sobre la validez del consentimiento del interesado<sup>83</sup>.
71. Hay que considerar si los criterios se cumplen caso por caso en relación con la situación específica del tratamiento. Los responsables del tratamiento deben poder demostrar que el consentimiento se ha dado libremente. A este respecto, aunque los criterios están interrelacionados, cada uno de ellos debe respetarse en el momento en que el interesado dé su consentimiento al tratamiento. Por ejemplo, si un responsable del tratamiento adopta medidas para evitar cualquier condicionalidad, pero la negativa a dar el consentimiento supondría un perjuicio para el interesado, no podrá considerarse que el consentimiento se haya dado libremente.

#### *4.2.1.1 La prestación de una alternativa gratuita sin publicidad comportamental*

72. Como se ha descrito en la sección anterior, los interesados deben gozar de una libertad real y auténtica de elección cuando se les pida que den su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. En tal contexto, la libertad de elección de que disfruta el interesado depende también de las opciones que se ofrezcan a los usuarios.
73. **La oferta de (solo) una alternativa de pago al servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no debe ser el camino que los responsables del tratamiento deben seguir por defecto.** Por el contrario, al desarrollar la alternativa a la versión del servicio con publicidad comportamental, **los responsables del tratamiento deben considerar la posibilidad de proporcionar a los interesados una «alternativa equivalente» que no implique el pago de una tasa**, como la alternativa gratuita sin publicidad comportamental, tal como se describe a continuación en la presente sección.
74. **En caso de que los responsables del tratamiento decidan proporcionar a los interesados una «alternativa equivalente» que implique el pago de una tasa**, el CEPD destaca que debe prestarse especial atención a los elementos contenidos en el presente Dictamen, como los incluidos en las secciones 4.2.1.4.1 y 4.2.1.4.2. En tales casos, a fin de garantizar una verdadera elección y evitar presentar a los usuarios una elección binaria entre el pago de una tasa y el consentimiento al tratamiento con fines de publicidad comportamental, **los responsables del tratamiento también deben considerar la posibilidad de ofrecer otra alternativa gratuita** («Alternativa gratuita sin publicidad comportamental»).

---

<sup>81</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 24.

<sup>82</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 13-54.

<sup>83</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartados 143-146.

75. Esta alternativa no debe implicar ningún tratamiento con fines de publicidad comportamental y puede ser, **por ejemplo**, una versión del servicio **con otra forma de publicidad que implique el tratamiento de menos datos personales (o ninguno)**, por ejemplo, publicidad contextual o general o publicidad basada en temas seleccionados por el interesado de una lista de temas de interés. Esto también está relacionado con el principio de minimización de datos, tal como se recuerda en la sección 4.1: los responsables del tratamiento deben garantizar que solo se traten los datos personales que sean necesarios a efectos de la publicación de dicha publicidad. En cualquier caso, los responsables del tratamiento deben tener en cuenta la necesidad de cumplir el artículo 6 del RGPD y el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas cuando proceda.
76. Si bien no existe la obligación de que las plataformas en línea de gran tamaño ofrezcan siempre servicios gratuitos, poner esta alternativa adicional a disposición de los interesados **refuerza su libertad de elección**. Esto **facilita a los responsables del tratamiento la demostración de que el consentimiento se da libremente**.
77. En opinión del CEPD, la existencia o no de una alternativa gratuita sin publicidad comportamental es un **factor especialmente importante que debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar si los interesados pueden realmente elegir** y, por tanto, si el consentimiento es válido. Como se indica en su respuesta a la iniciativa de la Comisión relativa a un compromiso con el uso de *cookies* (*Cookies Pledge*), el CEPD considera, entre otras cosas, pertinente si se ofrece a un usuario, además de un servicio que utiliza tecnología de seguimiento y un servicio de pago, otro tipo de servicio, como el que incluye una forma menos intrusiva de publicidad, al evaluar la validez del consentimiento y si el interesado puede realmente elegir<sup>84</sup>.
78. La alternativa gratuita sin publicidad comportamental que se ofrece como alternativa adicional desempeñaría un **papel importante para eliminar, reducir o mitigar el perjuicio** que puede derivarse para los usuarios que no dan su consentimiento al tener que pagar una tarifa para acceder al servicio o no poder acceder a él.
79. Además, como señaló anteriormente el CEPD, cuando existe un claro desequilibrio de poder, el consentimiento solo puede utilizarse en «circunstancias excepcionales» y cuando el responsable del tratamiento, en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva, pueda demostrar que no existen «consecuencias adversas» para el interesado si no da su consentimiento, en particular si se ofrece a los interesados una alternativa que no tenga ningún impacto negativo<sup>85</sup>. En el contexto del presente Dictamen, dicha alternativa podría ser la oferta de la alternativa gratuita sin publicidad comportamental.
80. El hecho de que los responsables del tratamiento ofrezcan una alternativa gratuita sin publicidad comportamental también puede ser pertinente a la hora de evaluar otros aspectos del consentimiento dado libremente, como la existencia de una situación de condicionalidad, como se explica en la sección 4.2.1.4 del presente Dictamen.

---

<sup>84</sup> Respuesta del CEPD a la iniciativa de la Comisión en favor de un compromiso empresarial voluntario para simplificar la gestión por parte de los consumidores de *cookies* y opciones publicitarias personalizadas, adoptada el 13 de diciembre de 2023 [solo en inglés], p. 5 del anexo: Al evaluar si el consentimiento es válido, el CEPD considera pertinente, entre otras cosas, si, además de un servicio que utiliza tecnología de seguimiento y un servicio remunerado, se ofrece otro tipo de servicio, por ejemplo, un servicio con una forma de publicidad menos intrusiva para la privacidad, como la publicidad contextual, y si el interesado puede realmente elegir.

<sup>85</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 22 y ejemplo 5.

81. Cuando se presenten diversas opciones a los interesados, los responsables del tratamiento también deben garantizar que los interesados comprendan plenamente lo que implica cada opción en términos de tratamiento de datos y sus consecuencias. A este respecto, las consideraciones formuladas en la sección 4.2.2 sobre el consentimiento informado son pertinentes y deben tenerse en cuenta. La **claridad de las diferentes opciones a elegir** también debe reflejarse en el diseño de la interfaz, ya que debe evitarse un diseño engañoso o manipulador en consonancia con el principio de lealtad<sup>86</sup>.
82. Asimismo, el CEPD recuerda que los responsables del tratamiento que sean guardianes de acceso con arreglo al Reglamento de Mercados Digitales o las plataformas en línea de muy gran tamaño en el marco del Reglamento de Servicios Digitales deben tener en cuenta sus respectivos requisitos a la hora de desarrollar opciones alternativas para el usuario<sup>87</sup>.

#### 4.2.1.2 Perjuicio

83. De conformidad con el considerando 42 del RGPD, para que el consentimiento se considere libremente prestado, el interesado debe gozar de una verdadera opción y poder denegar o retirar su consentimiento sin perjuicio alguno, lo que significa que no sufre daños o perjuicios<sup>88</sup>. El responsable del tratamiento debe demostrar la posibilidad de denegar o retirar el consentimiento sin perjuicio alguno<sup>89</sup>.
84. Si un interesado se niega a dar su consentimiento para el tratamiento de datos con fines de publicidad comportamental y no existen otras alternativas gratuitas que le permitan acceder al mismo servicio, el interesado se enfrentaría a una consecuencia económica, ya que tendría que pagar una tasa para poder utilizar el servicio. Este sería el caso, en particular, cuando existan efectos de dependencia y el usuario haya podido utilizar el servicio durante un largo período de tiempo sin que exista una tasa.
85. Con el fin de evitar perjuicios en el sentido del considerando 42 del RGPD y garantizar que los interesados tengan la posibilidad de elegir realmente, la forma en que se ofrece el servicio<sup>90</sup> y las tasas (en su caso) no deben ser tales que impidan efectivamente a los interesados elegir libremente, por

---

<sup>86</sup> Véanse la Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 70. Consulte también las Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos.

<sup>87</sup> Véase el artículo 5, apartado 2, del Reglamento de Mercados Digitales. Además, véase el considerando 36 del Reglamento de Mercados Digitales: «[p]ara garantizar que los guardianes de acceso no menoscaben deslealmente la disputabilidad de los servicios básicos de plataforma, dichos guardianes deben permitir que los usuarios finales puedan elegir libremente participar en tales prácticas de tratamiento de datos e inicio de sesión ofreciéndoles una alternativa menos personalizada, aunque equivalente, y sin condicionar el uso del servicio básico de plataforma o de determinadas funcionalidades de este al consentimiento del usuario final». El considerando 37 del Reglamento de Mercados Digitales añade que: «[l]a alternativa menos personalizada no debe ser diferente ni tener una calidad degradada en comparación con el servicio prestado a los usuarios finales que prestan su consentimiento, a menos que la degradación de la calidad sea consecuencia directa del hecho de que el guardián de acceso no pueda tratar dichos datos personales ni iniciar la sesión de los usuarios finales en un servicio». Véase además el artículo 38 del Reglamento de Servicios Digitales: «los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño que utilicen sistemas de recomendación ofrecerán al menos una opción para cada uno de sus sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles tal como se define en el artículo 4, punto 4, del Reglamento (UE) 2016/679».

<sup>88</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 46-48. Véase también el apartado 24.

<sup>89</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 46.

<sup>90</sup> Si bien el consentimiento puede darse a menudo mediante una única acción, la denegación del consentimiento podría requerir que el interesado pase por un proceso de pago más largo y engorroso, posiblemente relacionado con otras actividades de tratamiento de datos.

ejemplo, incitando al interesado a dar su consentimiento. Por lo tanto, la tasa en cuestión no debe ser inadecuadamente elevada, lo que se aborda con más detalle en la sección 4.2.1.4.2.

86. Si el interesado se niega a dar su consentimiento o lo retira y no paga la tasa solicitada, no podrá utilizar el servicio, lo que puede constituir un perjuicio para el interesado. En estos casos, varios factores pueden dar lugar a que los interesados se enfrenten a perjuicios.
87. Los interesados pueden sufrir perjuicios si les resulta imposible utilizar un servicio que forma parte de su vida cotidiana y desempeña un papel destacado en esta. Este podría ser el caso, por ejemplo, de una plataforma que se utiliza habitual y sistemáticamente para difundir información que puede no estar fácilmente disponible a partir de otras fuentes, o de una plataforma cuyo uso es necesario para tener acceso a determinados servicios pertinentes para la vida cotidiana de la persona. Puede tratarse de información o intercambios de los que los usuarios dependen en su vida cotidiana, lo que les dificulta no participar en la plataforma. Estos tipos de situaciones pueden incluir desde información importante durante emergencias públicas hasta progenitores que reciben información sobre actividades sociales para sus hijos. Además, la plataforma puede ser un foro clave para el debate público sobre cuestiones políticas, sociales, culturales y económicas.
88. En la misma línea, el uso de determinados servicios de redes sociales podría ser decisivo para la participación de los interesados en la vida social. En vista de las rápidas innovaciones tecnológicas y de que la mayoría de las personas tienen presencia en línea, no debe subestimarse el papel que desempeñan las redes sociales en la vida cotidiana y las interacciones de los interesados. Muchos interesados dependen de estas plataformas como medio importante para permanecer en contacto con personas con las que no interactúan físicamente en su vida cotidiana, como amigos o familiares. Teniendo en cuenta que las redes sociales ofrecen una alternativa especialmente valiosa y cómoda a las interacciones presenciales, el hecho de no tener acceso a ellas puede tener consecuencias importantes para el bienestar emocional y psicológico de algunos usuarios. En los casos anteriores, los interesados podrían quedar excluidos de las interacciones sociales que tienen lugar en la plataforma y sentirse socialmente aislados, especialmente cuando no existe un servicio alternativo que ofrezca una experiencia similar y que también sea utilizado por los contactos sociales del interesado. Lo mismo ocurre con la participación en foros de debate en línea. Los interesados podrían quedar excluidos de la participación en esos foros de debate en línea, aunque estos constituyen ahora una parte importante de los debates en línea.
89. Los interesados también pueden sufrir perjuicios si, por no pagar una tasa y no dar su consentimiento, se les niega el acceso a plataformas profesionales u orientadas al empleo. Más concretamente, sus posibilidades de encontrar oportunidades de empleo o de crear o mantener redes profesionales pueden verse afectadas negativamente, ya que pueden sentirse desfavorecidos en comparación con los usuarios que tienen acceso al servicio o no pueden seguir avances importantes en sus respectivos ámbitos de trabajo.
90. Además, es más probable que se produzca un perjuicio, y posiblemente de carácter más significativo, en el caso de una plataforma en línea de gran tamaño en la que pueda haber **efectos de dependencia o de red**. Las consecuencias perjudiciales de denegar el acceso a un servicio **pueden ser aún más importantes para los usuarios de plataformas en línea que no han estado aplicando modelos de «consentimiento o de pago» desde el principio, pero que posteriormente han decidido introducirlos**.
91. Los **efectos de red** pueden dificultar que los interesados puedan optar por no acceder al servicio sin sufrir ninguna consecuencia negativa. Esto es especialmente pertinente en el caso de las plataformas que dependen de contenidos generados por los usuarios o de las interacciones entre estos, como las

plataformas de intercambio de vídeos e imágenes y las plataformas de comunicación, como los sitios de redes sociales, las plataformas de citas, los foros de debate o las plataformas de reserva con un gran número de usuarios. Si una plataforma cuenta con una amplia base de usuarios, los usuarios nuevos y existentes pueden considerar que es necesario interactuar en ese servicio concreto para unirse a una comunidad digital de la que forman parte sus amigos, familiares y colegas, o para participar en debates o conversaciones políticos. Otros pueden sentir que tienen que utilizar un servicio en un contexto profesional o que, como progenitores, tienen que utilizar un sitio concreto para recibir información sobre sus hijos, como grupos de progenitores para planificar actividades sociales para los niños. No interactuar en la plataforma o elegir otro servicio puede no ser realista, ya que es difícil para una persona, por ejemplo, convencer a sus círculos sociales, profesionales o políticos para que se trasladen de un servicio a otro que no realiza un seguimiento de sus usuarios.

92. Cualquier **efecto de dependencia** también puede suponer un perjuicio para los interesados. Es posible que los usuarios que lleven un tiempo utilizando la plataforma ya hayan establecido su presencia en línea e invertido en ella, por ejemplo en lo que respecta a las conexiones e interacciones con otros usuarios, la creación de contenidos, la obtención de seguidores y «me gusta», etc. Este efecto se amplifica aún más cuando un usuario ha pasado una gran cantidad de tiempo en la plataforma, por ejemplo, cuando la plataforma ya se ha ofrecido durante un periodo de tiempo más largo. Cuando se pide a dichos usuarios que paguen una tasa o den el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines de publicidad comportamental para seguir utilizando el servicio, pero se niegan a hacerlo y pierden el acceso al servicio, corren el riesgo de no poder llevar sus interacciones, seguidores y conexiones a una nueva plataforma, o perder contenidos e información que hayan recopilado o generado mientras utilizaban previamente el servicio. Esto podría abarcar una amplia variedad de materiales, como comunicación personal, listas de contactos, historial de búsquedas, preferencias guardadas, imágenes, cuadros de mando, diferentes tipos de bases de datos personalizadas, etc. Para un creador de contenidos en un sitio de intercambio de medios, esto puede suponer una pérdida muy sustancial y potencialmente irreparable para el usuario, en el sentido de una posible pérdida financiera, la pérdida de una cartera que un creador podría haber creado a lo largo de los años en una plataforma y una pérdida de seguidores.
93. En este contexto, es importante recordar la importancia de los derechos del interesado y el hecho de que estos derechos siempre deben ser respetados por el responsable del tratamiento. Incluso en el caso de que un interesado deje de tener acceso al servicio, seguiría teniendo derecho a ejercer sus derechos como interesado en virtud del RGPD, por ejemplo, el derecho de acceso a sus datos personales y el derecho a la portabilidad de los datos. Es responsabilidad del responsable del tratamiento informar de ello a los interesados al facilitarles la opción de dar su consentimiento o no y velar por que se mantenga la capacidad de ejercer estos derechos.
94. Si se da alguna de las consecuencias negativas (no exhaustivas) descritas en los apartados anteriores, ofrecer una única opción entre un servicio de pago y un servicio que implique publicidad comportamental basada en el consentimiento del interesado afectaría a la posibilidad de que los interesados puedan realmente elegir y denegar el consentimiento sin perjuicio alguno.
95. A la luz de lo anterior, es probable que se produzcan perjuicios cuando las grandes plataformas en línea utilicen un modelo de «consentimiento o pago» para obtener el consentimiento para el tratamiento. Como ya se ha mencionado en el apartado 4.2.1.1, el hecho de que el responsable del tratamiento ofrezca la alternativa gratuita sin publicidad comportamental como una alternativa más sería pertinente para eliminar, reducir o mitigar el perjuicio que puede suponer para los usuarios que no dan el consentimiento tener que pagar una tasa para acceder al servicio o no poder acceder a él.

#### 4.2.1.3 Desequilibrio de poder

96. En la primera parte del considerando 43 del RGPD se establece que la dinámica de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento es pertinente para evaluar si el consentimiento del interesado se ha dado libremente:

«Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular [...]».

97. Puesto que «dado libremente» significa que el interesado debe ejercer su autonomía, es necesario tener en cuenta la posición del responsable del tratamiento y el poder que tiene en relación con los interesados. Si existe un claro desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado en una situación determinada, el interesado puede sentirse obligado a tomar una decisión que de otro modo no habría tomado, lo que afecta a su libertad de elección. Como se ha mencionado anteriormente, el considerando 43 del RGPD deja claro que, por regla general, el consentimiento no puede utilizarse como base jurídica en una situación de desequilibrio claro.
98. Como señaló anteriormente el CEPD, cuando existe un claro desequilibrio, el consentimiento solo puede utilizarse en «circunstancias excepcionales» y cuando el responsable del tratamiento, en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva, pueda demostrar que no existen «consecuencias adversas» para el interesado si no da su consentimiento, en particular si se ofrece a los interesados una alternativa que no tiene ningún impacto negativo<sup>91</sup>. En el contexto del presente Dictamen, dicha alternativa podría ser la oferta de la alternativa gratuita sin publicidad comportamental (véase la sección 4.2.1.1).
99. Todos los responsables del tratamiento que utilicen el consentimiento como base jurídica deben evaluar si se encuentran en una situación de claro desequilibrio de poder. Cuando el responsable del tratamiento sea una «plataforma en línea de gran tamaño» tal como se define a efectos del presente Dictamen, pueden tenerse en cuenta determinados elementos para verificar si existe una situación de claro desequilibrio de poder. A continuación se enumeran varios de estos factores no exhaustivos y no acumulativos. Algunos serán más pertinentes para determinados responsables del tratamiento y menos para otros. Será siempre necesaria una evaluación caso por caso de estos factores.
100. Un primer factor que puede ser pertinente es la **posición de la empresa en el mercado**. A este respecto, cabe recordar que un claro desequilibrio podría ser más evidente cuando existe una relación formal entre el responsable del tratamiento y el interesado, como cuando el responsable del tratamiento es una autoridad pública o un empleador<sup>92</sup>. Sin embargo, como ha señalado anteriormente el CEPD, los desequilibrios de poder no se limitan a las autoridades públicas y a los empleadores y también pueden producirse en otras situaciones<sup>93</sup>. Siempre deben evaluarse los factores reales y específicos del caso concreto.
101. El RGPD no proporciona ninguna orientación explícita sobre la manera en que la posición de un responsable del tratamiento en el mercado debe tenerse en cuenta para evaluar si existe una situación

---

<sup>91</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 22 y ejemplo 5.

<sup>92</sup> Véanse también las Directrices del CEPD sobre el consentimiento., sección 3.1.1.

<sup>93</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 24.

de desequilibrio claro. El TJUE declaró en la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* que la existencia de una posición dominante «puede crear un desequilibrio manifiesto»<sup>94</sup>. El Tribunal de Justicia también declaró que se trata de un «elemento relevante» en la apreciación<sup>95</sup>.

102. El término «posición dominante» está bien establecido en el Derecho de la UE en materia de competencia. Los responsables del tratamiento de las plataformas en línea de gran tamaño pueden considerar útiles las consideraciones utilizadas para determinar la posición dominante de una empresa a la hora de evaluar si existe un claro desequilibrio de poder. Estas consideraciones incluyen la definición del mercado de referencia (como el mercado de productos y el mercado geográfico) y la identificación de la cuota de mercado, así como los obstáculos a la entrada o la expansión<sup>96</sup>.
103. Además, el Abogado General señaló en sus conclusiones en el asunto que un responsable del tratamiento no necesita tener una «posición dominante» en el sentido del artículo 102 TFUE para que su poder de mercado se considere pertinente a efectos de la aplicación del RGPD<sup>97</sup>. El CEPD comparte la opinión del Abogado General sobre este punto.
104. No obstante, cabe recordar que el TJUE declaró que la validez del consentimiento del interesado debe determinarse a la luz del artículo 4, apartado 11, y el artículo 7 del RGPD y sus considerandos. Además, la finalidad de las normas sobre el consentimiento válido es garantizar que los interesados gocen de autonomía y libertad de elección. En opinión del CEPD, los responsables del tratamiento deben evaluar caso por caso si la libertad de elección de los interesados es limitada. Si un responsable del tratamiento tiene o no una «posición dominante», si bien es pertinente a la hora de evaluar el desequilibrio de poder, no determina la validez del consentimiento *per se*.
105. A la luz de lo anterior, puede concluirse que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pueden existir situaciones en las que las autoridades de control puedan llegar a una conclusión sobre la existencia de un desequilibrio manifiesto en el sentido del RGPD, sin que se haya establecido una posición dominante. La cuestión crucial es si la posición del responsable del tratamiento en el mercado, por sí misma o en combinación con otros factores, lleva a los interesados a observar que no existen otros servicios alternativos realistas a su disposición, como plataformas de captación de vídeos, portales de solicitudes de empleo o plataformas para comprar y vender determinados bienes y servicios.
106. De manera más general, como se ha recordado en la sección 4.1, en consonancia con el principio de lealtad, el equilibrio de poder debe ser una consideración clave de la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado: deben evitarse los desequilibrios de poder o, cuando esto no sea posible, deberán reconocerse y corregirse adoptando las medidas adecuadas<sup>98</sup>. Con ello se pretende garantizar que el interesado pueda realmente elegir de forma libre al dar su consentimiento al tratamiento de datos personales.

---

<sup>94</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 149.

<sup>95</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 154.

<sup>96</sup> En la Comunicación C/2024/1645 de la Comisión figura una metodología general para definir el mercado de referencia. Véase también la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), DO C 45 de 24.2.2009, p. 7, modificada en 2023 (C/2023/1923), DO C 116 de 31.3.2023, p. 1.

<sup>97</sup> Asunto C-252/21, conclusiones del Abogado General Rantos, presentadas el 20 de septiembre de 2022, ECLI:EU:C:2022:704, apartado 75.

<sup>98</sup> Directrices del CEPD sobre la protección de datos desde el diseño y por defecto, apartado 70.

107. Al evaluar si existe un desequilibrio manifiesto, también son pertinentes las consideraciones expuestas en la sección 4.2.1.2. En efecto, en el contexto de las plataformas en línea de gran tamaño que aplican modelos de «consentimiento o pago», los criterios de «desequilibrio de poder» y «perjuicio» para evaluar si el consentimiento se da libremente están estrechamente relacionados.
108. En particular, la existencia de efectos de red o de dependencia, como se ha descrito anteriormente, puede dificultar que un usuario elija otro servicio o causar que esto último no sea realista. En los casos en que la plataforma tenga una base de usuarios mucho mayor que cualquier alternativa pertinente o el usuario haya invertido significativamente en la plataforma, este puede sentirse obligado a confiar en la plataforma; en estos casos, elegir otro servicio puede no ser realista o convencer a sus círculos sociales, profesionales o políticos para trasladarse de un servicio a otro puede resultar difícil. Además, como se ha explicado anteriormente, los efectos de dependencia pueden implicar que el contenido popular o pertinente se centre en torno a una plataforma concreta, lo que también puede influir en el equilibrio de poder en relación con los nuevos usuarios que deseen acceder a dichos contenidos.
109. Está justificada una especial cautela en el caso de los servicios que han construido una amplia base de usuarios al tiempo que ofrecen sus servicios sin una tasa para todos los usuarios. Estos servicios pueden haber atraído a un gran número de usuarios que no tienen voluntad o capacidad para pagar una tasa y que han hecho uso del servicio confiando en que no tendría repercusiones financieras para ellos. Con el tiempo, los usuarios pueden haber aumentado su dependencia del servicio debido, entre otras cosas, a los efectos de red y de dependencia. Si posteriormente un servicio de este tipo comienza a ofrecer a los usuarios la posibilidad de elegir entre el tratamiento de los datos personales y el pago de una tasa, podría considerarse un ejemplo de un claro desequilibrio con respecto a los usuarios, ya que no es probable que los usuarios puedan elegir libremente en esta situación.
110. Otro factor importante para evaluar el desequilibrio es la medida en que el interesado **depende del servicio** prestado. La experiencia del interesado de tener una verdadera libertad de elección es limitada si el servicio se considera esencial, por ejemplo, para buscar empleo, acceder a información esencial para la vida cotidiana de los interesados o participar en debates públicos<sup>99</sup>.
111. Además, el **objetivo o el público predominante** de la plataforma es un elemento que debe tenerse en cuenta. Por ejemplo, si la plataforma se dirige principalmente a niños, a través del diseño o la comercialización del servicio, o si es utilizada predominantemente por menores u otras personas vulnerables, esto también puede dar lugar a un claro desequilibrio entre el responsable del tratamiento y los interesados<sup>100</sup>.
112. Los anteriores son ejemplos de elementos que, cuando están presentes, podrían crear una situación de desequilibrio de poder en la relación entre el interesado y el responsable del tratamiento.
113. No obstante, un responsable del tratamiento puede alegar que los interesados no están obligados a dar su consentimiento o a pagar. Pueden optar por no utilizar el servicio en absoluto o utilizar otro

---

<sup>99</sup> En estos casos, el interesado puede sentirse obligado a aceptar el seguimiento. El CEPD ha declarado anteriormente que el consentimiento solo puede ser válido si no hay elementos de compulsión o presión (véanse las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 24).

<sup>100</sup> A este respecto, el CEPD recuerda que los operadores de plataformas en línea en el marco del Reglamento de Servicios Digitales no deben presentar anuncios en su interfaz basados en la elaboración de perfiles, tal como se define en el artículo 4, apartado 4, del RGPD, utilizando datos personales del destinatario del servicio cuando sean conscientes con una certeza razonable de que el destinatario del servicio es un menor (véase el artículo 28, apartado 2, del Reglamento de Servicios Digitales).

servicio que no trate los datos personales del mismo modo que el responsable del tratamiento. En primer lugar, los elementos descritos anteriormente pueden dar lugar a una situación en la que no exista una opción práctica real para que los usuarios se nieguen a utilizar el servicio. En segundo lugar, como se menciona en la sección 4.2.1.4.1, el CEPD declaró en sus Directrices sobre el consentimiento que el consentimiento no puede considerarse dado libremente simplemente porque existe otro servicio similar prestado por otro responsable del tratamiento que no implica el consentimiento para el tratamiento de datos personales para fines adicionales<sup>101</sup>.

#### 4.2.1.4 Condicionalidad

114. De conformidad con el artículo 7, apartado 4, del RGPD, al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible si se pide a los interesados que den su consentimiento a actividades de tratamiento que no sean objetivamente necesarias para el contrato<sup>102</sup> para acceder al servicio<sup>103</sup>.
115. El CEPD ha declarado en sus Directrices sobre el consentimiento que un responsable del tratamiento podría argumentar que ofrece a los interesados una elección real si pueden elegir entre una versión del servicio que incluya el consentimiento para el uso de datos personales con fines adicionales, por una parte, y una versión equivalente del servicio ofrecido por el mismo responsable del tratamiento que no implique el consentimiento para el uso de los datos para fines adicionales, por otra, y que, si es posible que el servicio se preste sin consentimiento para el otro uso de los datos en cuestión, no existe un servicio condicional<sup>104</sup>.
116. Recientemente, el TJUE declaró en la sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* que, cuando las operaciones de tratamiento de datos no son estrictamente necesarias para la ejecución del contrato, los usuarios deben tener la libertad de negarse a dar su consentimiento sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio<sup>105</sup>. A este respecto, la sentencia del TJUE menciona la obligación de ofrecer «alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos» («en su caso a cambio de una remuneración adecuada») <sup>106</sup>.
117. Esta declaración del TJUE indica que, en principio, los modelos de «consentimiento o pago» no están prohibidos. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia no proporcionó más detalles sobre el significado de las expresiones «alternativa equivalente», «en su caso a cambio de una remuneración adecuada». Por consiguiente, el CEPD desea aclarar que su interpretación de esta parte de la sentencia es que

---

<sup>101</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 38.

<sup>102</sup> Directrices 2/2019 del CEPD sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados, versión 2.0, adoptadas el 8 de octubre de 2019 (en lo sucesivo, «Directrices del CEPD sobre el artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD», apartados 30 a 33.

<sup>103</sup> Véanse también a este respecto el considerando 43 del RGPD y las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 25 a 41.

<sup>104</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 37.

<sup>105</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 150. En el apartado 102, dentro de la sección dedicada a la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6, apartado 1, letra b), como base lícita para el tratamiento, el TJUE también señala que el suministro de contenidos personalizados es «útil para el usuario», pero «no resulta necesaria para ofrecer a dicho usuario los servicios de la red social en línea», por lo que dichos servicios «pueden prestarse, en su caso, en forma de una alternativa equivalente que no implique tal personalización, de modo que esta última no es objetivamente indispensable para una finalidad que forme parte integrante de los mismos servicios».

<sup>106</sup> Sentencia en el asunto *Bundeskartellamt* del TJUE, apartado 150.

debe ofrecerse a los interesados que opten por no dar su consentimiento una «alternativa equivalente»: esto puede evitar que los interesados se enfrenten a una situación de condicionalidad que dé lugar a un consentimiento inválido. A este respecto, véase el apartado 73.

118. Sin embargo, esta declaración del TJUE aborda principalmente el aspecto de la condicionalidad. Los responsables del tratamiento deben garantizar que se cumplen todas las condiciones para que el consentimiento se dé libremente y, en general, sea válido. Por lo tanto, siempre será necesario llevar a cabo una evaluación caso por caso de la validez del consentimiento.

#### 4.2.1.4.1 *Proporcionar una «alternativa equivalente»*

119. El CEPD desea proporcionar criterios que puedan ayudar a evaluar si una versión alternativa del servicio debe considerarse equivalente a la versión del servicio prestado con la condición de consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental (denominada en esta sección «**versión con publicidad comportamental**»). El CEPD ha destacado, a este respecto, que «ambos servicios deben ser realmente equivalentes»<sup>107</sup>.
120. El CEPD ha declarado que el consentimiento no puede considerarse dado libremente si un responsable del tratamiento argumenta que existe una opción entre su servicio (incluido el consentimiento para el uso de datos personales con fines adicionales) y un servicio equivalente ofrecido por otro responsable del tratamiento, ya que la libertad de elección dependería de lo que hacen otros agentes del mercado y de si un interesado considera que los servicios del otro responsable del tratamiento son realmente equivalentes<sup>108</sup>. En este contexto, por tanto, el presente Dictamen se refiere a 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 fines de publicidad comportamental (denominada en esta sección «**versión alternativa**»).
121. Si la versión alternativa difiere de la versión con publicidad comportamental solo en la medida necesaria como consecuencia de que el responsable del tratamiento no puede tratar datos personales con fines de publicidad comportamental, en principio puede considerarse equivalente.
122. En otros casos, la apreciación puede depender, tomando como punto de partida la versión con publicidad comportamental, de si la versión alternativa contiene, en esencia, los mismos elementos y funciones. Si bien existe una equivalencia si la versión alternativa incluye, en principio, las mismas características y funciones (equivalencia funcional), la versión alternativa y la versión con publicidad comportamental no tienen que ser absolutamente idénticas.
123. Si, en comparación con la versión con publicidad comportamental, la versión alternativa no es de una calidad diferente o degradada, y no se eliminan funciones (a menos que los cambios sean consecuencia directa de que el responsable del tratamiento no pueda tratar datos personales para los fines para los que solicitó el consentimiento)<sup>109</sup>, es probable que la versión alternativa sea realmente equivalente a la versión con publicidad comportamental.

---

<sup>107</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 37.

<sup>108</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 38.

<sup>109</sup> Véanse también los considerandos 36 y 37 del Reglamento de Mercados Digitales: el Reglamento de Mercados Digitales ofrece orientaciones sobre las condiciones de equivalencia de un servicio, afirmando que «la alternativa menos personalizada no debe ser diferente ni tener una calidad degradada en comparación con el servicio prestado a los usuarios finales que prestan su consentimiento». Si bien el Reglamento de Mercados Digitales es neutral en cuanto a la naturaleza de lo que podría ser una alternativa «menos personalizada», los principios establecidos en ella son útiles en este contexto. Véase también la sección 4.2.1.2 («Perjuicio»).

124. Cuanto más difiera la versión alternativa de la versión con publicidad comportamental, menos probable es que la versión alternativa se considere realmente equivalente, aunque esta sigue siendo una evaluación caso por caso.
125. La equivalencia, es decir, «con el mismo valor», apunta en dos direcciones. Por una parte, como se ha indicado anteriormente, si la versión alternativa fuera de menor calidad o fuera menos rica en funcionalidades que la versión con publicidad comportamental, no se presentaría a los usuarios una opción real.
126. Por otra parte, la posibilidad de incluir funcionalidades adicionales en la versión alternativa debe evaluarse con cautela: esto se debe a que debe mantenerse una verdadera equivalencia entre las versiones del servicio, tal como se ha descrito anteriormente, y los usuarios deben poder elegir realmente.
127. Es importante señalar que el TJUE se refiere a la prestación de una alternativa equivalente **«no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos»<sup>110</sup>**, es decir, de las operaciones de tratamiento de datos que no son necesarias para la prestación del servicio y se basan en el consentimiento. Por lo tanto, dado que el tratamiento con fines de publicidad comportamental no es necesario para la prestación del servicio y se basa en el consentimiento, este tratamiento debe omitirse en la versión alternativa. El CEPD desea recordar que esto no se limita a servir a los interesados anuncios personalizados sobre la base de su perfil, como se indica en la definición de publicidad comportamental de la sección 2.1.2. Más bien se refiere también a las diferentes actividades de tratamiento que los responsables del tratamiento llevan a cabo con fines de publicidad comportamental, empezando por el seguimiento inicial de los usuarios para tal fin. Por lo tanto, la versión alternativa también debe omitir, en principio, las operaciones de tratamiento que se llevarían a cabo como condición previa para el tratamiento con fines de publicidad comportamental<sup>111</sup>.
128. Sin embargo, el CEPD destaca que, en caso de que los responsables del tratamiento lleven a cabo, en el marco de la versión alternativa, un seguimiento para fines distintos de la publicidad comportamental, por ejemplo, con fines de seguridad, no es necesario omitir dichas operaciones de tratamiento, siempre que cumplan plenamente los requisitos establecidos en el RGPD, incluida la necesidad de basarse en una base lícita adecuada con arreglo al artículo 6 del RGPD y al artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.
129. Además, como se destaca en la sección 4.2.2 sobre el «consentimiento informado», el cumplimiento de los principios de transparencia y lealtad<sup>112</sup> y de las obligaciones de transparencia también reviste una importancia crucial para garantizar que el usuario pueda elegir realmente. Por lo tanto, el usuario debe estar en condiciones de comparar plenamente todas las opciones alternativas ofrecidas por el responsable del tratamiento. El usuario debe comprender las repercusiones de consentir el tratamiento con fines de publicidad comportamental, el cual da lugar a la versión con publicidad comportamental, y de elegir la versión alternativa. El usuario también debe poder comprender las consecuencias de su elección en cuanto a las operaciones de tratamiento que se llevan a cabo en cada caso y en cuanto a los detalles de las opciones alternativas proporcionadas.

---

<sup>110</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartado 150.

<sup>111</sup> Estas fases pueden incluir la observación del comportamiento del usuario y la recogida de los datos personales necesarios para la publicidad comportamental.

<sup>112</sup> Véase el artículo 5, apartado 1, letra a), del RGPD.

4.2.1.4.2 «En su caso a cambio de una remuneración adecuada»

130. El CEPD desea recordar ante todo que los **datos personales no pueden considerarse un producto comercial**<sup>113</sup>. El derecho a la protección de datos está consagrado, entre otras cosas, en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales y es un derecho que se aplica a todos, independientemente del pago o de la situación financiera.
131. Mientras que la versión inglesa de la sentencia del Tribunal de Justicia establece que puede imponerse una remuneración adecuada a los usuarios que no den su consentimiento «if necessary» (en caso necesario), las demás versiones lingüísticas utilizan una terminología diferente para este elemento de la evaluación. Por ejemplo, la versión española utiliza «en su caso», la versión francesa utiliza el término «le cas échéant», mientras que la versión alemana utiliza «gegebenenfalls». El CEPD considera que **deben darse determinadas circunstancias a efectos de la imposición de una tasa**, teniendo en cuenta tanto las posibles alternativas a la publicidad comportamental que implican el tratamiento de menos datos personales como la posición de los interesados. Así lo sugieren los **términos «en su caso» y «adecuada»**, que, sin embargo, no deben interpretarse en el sentido de que exigen que la imposición de una tasa sea «necesaria» en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta y del Derecho de la Unión en materia de protección de datos. Esta formulación debe entenderse de manera compatible con las diferentes versiones lingüísticas de la sentencia.
132. En otras palabras, los **responsables del tratamiento deben evaluar, caso por caso, tanto si una tasa es apropiada como qué cantidad se considera adecuada en las circunstancias dadas, teniendo en cuenta los requisitos de consentimiento válido en virtud del RGPD, así como la necesidad de evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en una característica que los interesados tengan que pagar para disfrutar, o una característica *premium* reservada a las personas con más recursos**.
133. Aunque la sentencia en el asunto Bundeskartellamt no especifica los elementos en los que debe basarse una evaluación de la idoneidad, el CEPD recuerda que la cuestión de lo que constituye un consentimiento válido es una evaluación de la legislación en materia de protección de datos. Esto implica que **la evaluación del consentimiento válido debe basarse en los principios de protección de datos y en los objetivos que el RGPD pretende cumplir**.
134. Cuando los responsables del tratamiento ofrezcan un servicio de pago como alternativa a un servicio que implique publicidad comportamental basada en el tratamiento de datos personales para el que se requiere el consentimiento, deben **garantizar, entre otras cosas, que la tasa no impida a los interesados denegar el consentimiento ni les obligue a darlo**. Los responsables del tratamiento deben evaluar si ofrecen una **verdadera posibilidad de elección a los interesados y no incitan a los interesados a dar su consentimiento**. La imposición de una tasa debe respetar la **autonomía** de los interesados, que deben poder elegir realmente entre dar o no dar su consentimiento. Los responsables del tratamiento deben evaluar si la tasa exigida por su versión de pago del servicio permite a los interesados dar su consentimiento de manera válida al tratamiento de sus datos personales para una versión del servicio que implique publicidad comportamental.
135. A la hora de determinar si la tasa puede obstaculizar la capacidad del interesado para dar su consentimiento, los responsables del tratamiento deben prestar especial atención a los principios de

---

<sup>113</sup> Directrices del CEPD sobre el artículo 6, apartado 1, letra a), del RGPD, apartado 54; Directiva (UE) 2019/770, considerando 24.

protección de datos del artículo 5 del RGPD. La **lealtad** debe ser un principio rector<sup>114</sup> para determinar cuál es la tasa adecuada en cada caso. Presentar a los interesados opciones adicionales, como se expone en la sección 4.2.1.1, hace que sea más fácil justificar la tasa impuesta por el acceso al servicio a los usuarios que no dieron su consentimiento debido a la mayor libertad de elección de los usuarios.

136. El **principio de responsabilidad proactiva** del artículo 5, apartado 2, del RGPD es clave a este respecto. Las empresas tienen libertad para fijar sus propios precios y elegir cómo se estructuran sus modelos de ingresos, pero este derecho debe equilibrarse con el derecho fundamental de las personas a la protección de sus datos personales. El principio de responsabilidad proactiva implica que los responsables del tratamiento tienen la responsabilidad de garantizar y documentar que el consentimiento se concede libremente si cobran una tasa por el acceso a la versión del servicio que no implica publicidad comportamental. Los responsables del tratamiento deben documentar sus decisiones y evaluar si una tasa determinada es adecuada en el caso concreto para demostrar que la imposición de dicha tasa no socava efectivamente la posibilidad de dar libremente el consentimiento en la situación en cuestión.
137. Como se ha recordado en el apartado 32, las **autoridades de control se encargan de hacer cumplir la aplicación del RGPD, incluidos los requisitos de consentimiento válido**. También puede referirse al efecto de cualquier tasa sobre la libertad de elección de los interesados. Si bien corresponde a los responsables del tratamiento fijar el importe de una tasa en sí misma, si las autoridades de control constatan que el consentimiento no se ha dado libremente o que no se ha respetado el principio de responsabilidad proactiva, pueden intervenir e imponer medidas correctoras. En este sentido, son competentes para revisar o examinar la evaluación de la idoneidad realizada por los responsables del tratamiento. Corresponde a las autoridades de control determinar en qué medida es conveniente investigar este asunto<sup>115</sup>.
138. El CEPD destaca que la aplicación del RGPD es una tarea de las autoridades de control. Evaluar si el consentimiento es válido y si se da libremente no es una tarea que pueda delegarse. Sin embargo, existen muchas circunstancias en las que las autoridades de control pueden beneficiarse de consultar a las autoridades en otros ámbitos del Derecho, en particular las autoridades de protección de los consumidores y de competencia, en consonancia con el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4, apartado 3, del TUE, como ha subrayado recientemente el TJUE<sup>116</sup>. Si procede, las autoridades de control podrán optar por consultar a dichas autoridades en el ejercicio de sus funciones. La consulta con dichas autoridades puede ser jurídicamente obligatoria cuando las autoridades de control aplican o interpretan ámbitos del Derecho de la UE que están sujetos a la supervisión de otras autoridades.

---

<sup>114</sup> A este respecto, véanse las Directrices del CEPD relativas al artículo 25. Protección de datos desde el diseño y por defecto, versión 2.0, apartado 70.

<sup>115</sup> Véase el artículo 57, apartado 1, letra f), del RGPD, que también es pertinente para las investigaciones de oficio.

<sup>116</sup> Sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartado 53: «En virtud de este principio, según reiterada jurisprudencia, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, los Estados miembros, incluidas sus autoridades administrativas, deben respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones de la Unión y abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

#### 4.2.1.5 Granularidad

139. Otra condición relativa a la libre concesión del consentimiento es la granularidad. La granularidad es un elemento clave a la hora de evaluar si los fines están suficientemente separados. Cuando se le presente un modelo de «consentimiento o pago», el interesado debe ser libre de elegir el fin o fines que acepta, en lugar de tener que dar su consentimiento a un conjunto de fines de tratamiento. La referencia a la granularidad en el RGPD puede encontrarse en el considerando 43 del RGPD, en el que se aclara que se presume que el consentimiento no se ha dado libremente si la solicitud de consentimiento no permite a los interesados dar un consentimiento por separado para los diferentes fines del tratamiento<sup>117</sup>. La granularidad está estrechamente relacionada con el requisito de que el consentimiento sea específico, como se explica con más detalle en la sección 4.2.3<sup>118</sup>. Como ya ha indicado anteriormente el CEPD, «[c]uando el tratamiento de los datos se realice con fines diversos, la solución para cumplir la condición del consentimiento válido estará en la granularidad, es decir, en la disociación de dichos fines y la obtención del consentimiento para cada uno de ellos»<sup>119</sup>.
140. La granularidad del consentimiento en relación con la publicidad comportamental por parte de las plataformas en línea de gran tamaño merece especial atención, ya que la compleja dinámica en juego presenta retos significativos. En este contexto, cabe señalar que las plataformas en línea que participan en la publicidad comportamental utilizan infraestructuras técnicamente avanzadas, que a menudo forman parte de un ecosistema digital en el que es muy probable que múltiples puntos de datos procedentes de diferentes fuentes se combinen y analicen y puedan ser objeto de subastas en tiempo real. Habida cuenta de estas diferentes dinámicas, los responsables del tratamiento no pueden presentar a los interesados un consentimiento general para una serie de fines diferentes, como la personalización de contenidos, la personalización de la publicidad, el desarrollo de servicios, la mejora de los servicios o la medición de la audiencia. En este sentido, el CEPD recuerda que los interesados deben ser libres de elegir el fin que aceptan, en lugar de enfrentarse a una solicitud de consentimiento que agrupe varios fines. A este respecto, debe hacerse hincapié en diferenciar los fines relacionados con la funcionalidad del servicio de la publicidad comportamental y las operaciones de tratamiento que le acompañan<sup>120</sup>. Las consideraciones formuladas a este respecto en las secciones 4.2.2 y 4.2.3 sobre el consentimiento informado y específico también son pertinentes en este caso.

#### 4.2.2 Consentimiento informado

141. La mención explícita del consentimiento informado puede consultarse en el considerando 42 del RGPD: «[p]ara que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales».

---

<sup>117</sup> El considerando 32 del RGPD establece: «El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos».

<sup>118</sup> Véanse las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 42 y 55.

<sup>119</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 44.

<sup>120</sup> Este fin también puede referirse a operaciones de tratamiento técnico intrínsecamente relacionadas con la finalidad publicitaria, como la limitación de frecuencias o la medición de la eficacia de las campañas publicitarias. Véase la respuesta del CEPD a la iniciativa de la Comisión en favor de un compromiso empresarial voluntario para simplificar la gestión por parte de los consumidores de *cookies* y opciones publicitarias personalizadas, p. 7 del anexo.

142. Facilitar información a los interesados **antes de obtener su consentimiento** es esencial para que puedan tomar decisiones con conocimiento de causa y comprender lo que están aceptando. Si el responsable del tratamiento no facilita información accesible, el control del usuario pasa a ser ilusorio y el consentimiento no será válido.
143. Por lo tanto, es necesario informar al interesado de determinados elementos que son cruciales para tomar una decisión real. Dependiendo del contexto, puede ser necesaria más información para que el interesado pueda **comprender realmente las operaciones de tratamiento** en cuestión<sup>121</sup>.
144. Dado que la condición de consentimiento informado también está relacionada con principios generales como la transparencia, la lealtad y la responsabilidad proactiva, se tendrán en cuenta estos principios a la hora de evaluar los modelos de «consentimiento o pago» (véase la sección 4.1). Además, dado que las condiciones del consentimiento informado y específico se refieren al nivel y la calidad de la información que debe facilitarse al interesado, debe entenderse que la sección 4.2.2 y la sección 4.2.3 del presente Dictamen se complementan mutuamente.

#### *4.2.2.1 Requisitos de contenido para que el consentimiento sea informado*

145. En el contexto de los modelos de «consentimiento o pago», las plataformas en línea de gran tamaño deben determinar qué información debe facilitarse a los interesados sobre el tratamiento de sus datos personales con fines de publicidad comportamental. En general, los responsables del tratamiento tienen la responsabilidad, en virtud del principio de responsabilidad proactiva, de crear y documentar un proceso de información que permita a los interesados tener una comprensión completa y clara del valor, el alcance y las consecuencias de sus posibles elecciones.
146. Al utilizar los términos «como mínimo», el considerando 42 del RGPD no ofrece una lista exhaustiva de la información que debe transmitirse al interesado para garantizar el consentimiento informado. La identidad del responsable del tratamiento y la descripción de los fines de las actividades de tratamiento son requisitos mínimos. Dichos requisitos se adaptarán caso por caso, en función de las actividades de tratamiento previstas por el responsable del tratamiento<sup>122</sup>.
147. La expresión «el interesado debe conocer» establece la responsabilidad de los responsables del tratamiento de garantizar que los usuarios comprendan qué tratamiento de datos llevará a cabo el responsable del tratamiento cuando empiecen a utilizar el servicio. Esto incluye la obligación de informar a los usuarios de las actividades de tratamiento que se llevan a cabo en un segundo plano y que pueden desconocer. Si no se facilita la información adecuada, puede producirse una asimetría de la información y es posible que los interesados no puedan prever la forma en que se tratarán sus datos personales<sup>123</sup>. Las plataformas en línea de gran tamaño deben garantizar que los interesados

---

<sup>121</sup> El CEPD señala que el TJUE dictó una sentencia en la que se especifica que la información «debe permitir a esa persona determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento» y «garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa». Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, Orange Romania/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, apartado 40.

<sup>122</sup> Sobre los requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado», véase la sección 3.3.1 de las Directrices del CEPD sobre el consentimiento.

<sup>123</sup> A este respecto, el CEPD señala que el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior,

comprendan claramente las actividades de tratamiento y cualquier cambio que les afecte, por ejemplo, cuando dicha plataforma cambie a un modelo de «consentimiento o pago».

148. En el contexto de la publicidad comportamental, es importante facilitar información suficientemente detallada para que los interesados puedan comprender a qué aspectos del servicio al que dan su consentimiento, conservando al mismo tiempo la posibilidad de no dar su consentimiento a terceros. Una información detallada que permita a los interesados diferenciar entre diferentes fines del tratamiento es un requisito para un consentimiento válido. A este respecto, las plataformas en línea de gran tamaño no deben exigir a los interesados que den su consentimiento a actividades de tratamiento cuyo fin no esté adecuadamente definido o sea ambiguo. Por ejemplo, deben quedar claros para el interesado los fines para los que se recogen sus datos, qué datos se recogen para cada fin y por qué<sup>124</sup>. Las plataformas en línea de gran tamaño no deben definir la finalidad de la actividad de tratamiento en términos demasiado amplios para que el interesado comprenda las consecuencias de su elección (por ejemplo, «fines comerciales» o «personalización»). Las consideraciones expuestas en la sección 4.2.3 sobre los requisitos para el consentimiento específico también son pertinentes a este respecto.
149. Las plataformas en línea de gran tamaño deben describir de manera justa y completa la finalidad para la que se recoge el consentimiento. Por ejemplo, las plataformas en línea de gran tamaño no pueden limitar la descripción de la finalidad del tratamiento a las ventajas que ofrece a los interesados (por ejemplo, una experiencia más personalizada) si dicho tratamiento también conlleva otras consecuencias para ellos (por ejemplo, elaboración de perfiles, seguimiento intrusivo, etc.).
150. En el contexto de los modelos de «consentimiento o pago», las opciones presentadas a los interesados deben ajustarse a la información que se les facilita. Debe quedar claro para el interesado para qué pagaría exactamente una tasa y cómo afectaría esto al tratamiento de datos en cuestión. Cuando se facilite información sobre los modelos de negocio del responsable del tratamiento en cada una de las opciones, dicha información no debe sustituir a la información sobre el tratamiento de datos personales.
151. Además, la publicidad comportamental se refiere necesariamente a la elaboración de perfiles de las actividades en línea del interesado y a menudo implica el uso de datos personales obtenidos indirectamente del interesado. El proceso de elaboración de perfiles consiste a menudo en interacciones e intercambios de datos opacos entre el responsable del tratamiento y terceros. Esta opacidad puede producirse, por ejemplo, en el uso cruzado de datos dentro y fuera de plataforma. Es posible que las plataformas en línea de gran tamaño traten los datos personales recogidos tanto en su plataforma como fuera de ella con fines de elaboración de perfiles. Es responsabilidad de los responsables del tratamiento velar por que los interesados comprendan las técnicas que intervienen en los procesos de elaboración de perfiles<sup>125</sup>. En este contexto, el considerando 60 del RGPD establece que facilitar información sobre la elaboración de perfiles forma parte de las obligaciones de transparencia del responsable del tratamiento en virtud del artículo 5, apartado 1, letra a), del RGPD.

---

DO C 526 de 29 de diciembre de 2021, p. 1) establece la obligación de que las empresas faciliten toda la información que el consumidor medio necesita para tomar una decisión con conocimiento de causa.

<sup>124</sup> Véanse los «Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea “informado”» en las Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 64 y 65.

<sup>125</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP251 rev. 1, 3 de octubre de 2017, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, en su versión revisada y adoptada por última vez el 6 de febrero de 2018, refrendadas por el CEPD el 25 de mayo de 2018 (en lo sucesivo, «Directrices del GT29 sobre decisiones individuales automatizadas»), p. 9.

152. Los responsables del tratamiento deben facilitar información adecuada sobre cada versión del servicio que ofrecen, incluso cuando uno o varios de ellos no requieran consentimiento a efectos de publicidad comportamental. Esto también se aplica a la alternativa libre sin publicidad comportamental (véase la sección 4.2.1.1). El responsable del tratamiento debe ser transparente en cuanto a la base jurídica en la que se basa el tratamiento de los datos personales de los interesados en cada una de las opciones.
153. Las plataformas en línea de gran tamaño deben tener en cuenta, en particular, los siguientes puntos a la hora de facilitar información a los interesados:
- si procede, los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
  - cuando proceda, el hecho de que el responsable del tratamiento tiene la intención de transferir datos personales a un tercer país y el período durante el cual se conservarán los datos personales;
  - la recogida y el tratamiento de los datos conservados por el responsable del tratamiento, con independencia de que el interesado opte por dar su consentimiento a la publicidad comportamental;
  - el derecho del interesado a retirar su consentimiento en cualquier momento y sus consecuencias; así como
  - la combinación o utilización cruzada de datos, es decir, si los datos se fusionan, y en qué medida, con datos recogidos por otros servicios (del mismo responsable del tratamiento) y datos recogidos por otros responsables del tratamiento.

#### 4.2.2.2 *Cómo facilitar la información*

##### 4.2.2.2.1 *Hora y visualización de la comunicación*

154. Las plataformas en línea de gran tamaño deben facilitar información completa antes del inicio del tratamiento de datos con fines de publicidad comportamental. Por ejemplo, pueden presentar un breve resumen de las diferencias entre cada una de las opciones ofrecidas en el modelo de «consentimiento o pago» y, a continuación, proporcionar la información completa y detallada de cada opción mediante botones distintos y separados para cada opción.
155. Las recomendaciones incluidas en las Directrices del CEPD sobre los patrones de diseño engañosos en las interfaces de las plataformas de redes sociales son pertinentes para definir la manera en que la información debe comunicarse a los interesados<sup>126</sup>. Además, los interesados deben disponer de tiempo suficiente para asimilar la información que reciben<sup>127</sup>.

##### 4.2.2.2.2 *Requisitos de transparencia*

156. Las plataformas en línea de gran tamaño que apliquen un modelo de «consentimiento o pago» deben tener en cuenta las Directrices sobre transparencia en virtud del RGPD<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos.

<sup>127</sup> A este respecto, véanse también las Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos, apartados 43 a 48.

<sup>128</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP260 rev. 01, Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 29 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 11 de abril de

157. En cuanto al lenguaje utilizado para facilitar la información, los elementos «concisa» y «lenguaje claro y sencillo» exigen que el responsable del tratamiento adapte la lengua a los interesados<sup>129</sup>. Esto significa que la información debe facilitarse de manera clara e inteligible para el público destinatario.
158. A fin de cumplir estos requisitos de transparencia, el responsable del tratamiento debe evaluar el tipo de público al que sirve. Tras identificar a su público, los responsables del tratamiento deben determinar qué lengua y qué enfoque de comunicación son adecuados. Con ello, deben garantizar que su público comprenda el servicio y cómo afecta su uso a sus datos personales.
159. La formulación utilizada identificará claramente las consecuencias de la elección del interesado sobre el tratamiento de sus datos personales<sup>130</sup>. Por ejemplo, el responsable del tratamiento no solo explicará al interesado que su elección determinará la presencia o ausencia de publicidad, sino también que su elección determinará si tratará datos personales, y en qué medida, con fines de publicidad comportamental.
160. Los responsables del tratamiento podrán utilizar diferentes canales de información en función del tipo de plataforma en línea facilitada. Por ejemplo, la información puede facilitarse a los interesados mediante vídeos que expliquen las diferencias entre las alternativas, o páginas interactivas con ejemplos de cómo será el servicio conforme a las diferentes opciones. Los responsables del tratamiento pueden considerar la realización de pruebas de usuario para identificar el canal de información más adecuado.

#### 4.2.3 Consentimiento específico

161. El artículo 6, apartado 1, letra a), del RGPD establece que el consentimiento debe darse para «uno o varios fines específicos». El requisito de que el consentimiento debe ser «específico» está estrechamente vinculado a los requisitos de que el consentimiento también debe ser «informado» y «granular». A fin de que el consentimiento sea específico, las plataformas en línea de gran tamaño deben definir un fin específico, explícito y legítimo para las actividades de tratamiento para las que se obtenga el consentimiento y proporcionar información suficiente a los interesados sobre dichas actividades de tratamiento<sup>131</sup>. Debe evitarse una expansión o difuminación de los fines (la llamada «desviación de uso»), ya que ello socavaría y contravendría el principio de limitación de la finalidad<sup>132</sup>.
162. Teniendo en cuenta el complejo sistema de actividades de tratamiento de datos que subyace a la publicidad comportamental, las plataformas en línea de gran tamaño deben definir y delimitar con precisión los fines de sus actividades de tratamiento. El responsable del tratamiento debe presentar los fines de la publicidad comportamental para que el usuario pueda comprender qué actividades de tratamiento tienen lugar para cada fin y decidir si dar su consentimiento<sup>133</sup>.

---

2018, refrendadas por el CEPD el 25 de mayo de 2018 (en lo sucesivo, «Directrices del GT29 sobre la transparencia»).

<sup>129</sup> Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre la transparencia, apartado 13, en el que se menciona que «debe facilitarse una traducción a una o varias lenguas cuando el responsable del tratamiento se dirija a interesados que hablen dichas lenguas».

<sup>130</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 70.

<sup>131</sup> Véase también el considerando 28, según el cual los fines «deben estar determinados en el momento de obtener los datos». Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 56.

<sup>132</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 56.

<sup>133</sup> Véase el Dictamen 3/2013 del GT29 sobre la limitación de la finalidad (WP 203), p. 16: «por estos motivos, un fin vago o general, como, por ejemplo, “mejorar la experiencia del usuario”, “fines de mercadotecnia”, “fines de

163. Las plataformas en línea de gran tamaño deben evaluar y documentar caso por caso si proporcionar publicidad comportamental implica que traten datos personales para diferentes fines y requieran consentimientos separados para estos fines<sup>134</sup>. Por el contrario, los procesos técnicos que pueden estar inextricablemente ligados a un único fin pueden no requerir autorizaciones separadas<sup>135</sup>. También deben tenerse en cuenta las consideraciones formuladas en la sección 4.2.1.5 (sobre la granularidad) y en la sección 4.2.2 (sobre el consentimiento informado).

#### 4.2.4 Manifestación de voluntad inequívoca

164. Para que el consentimiento sea válido con arreglo al artículo 4, apartado 11, del RGPD, debe tratarse, entre otras cosas, de una «manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca» del interesado, que adopte la forma de una declaración o de «una clara acción afirmativa» que marque su aceptación del «tratamiento de datos personales que le conciernen»<sup>136</sup>. Esto significa que debe resultar evidente que el interesado ha dado su consentimiento a una operación concreta de tratamiento de datos<sup>137</sup>.
165. Los responsables del tratamiento deben diseñar atentamente la forma en que se pide a los interesados que den su consentimiento, en particular cuando tengan la intención de recabar el consentimiento para fines distintos de la publicidad comportamental (por ejemplo, la mejora del servicio o la personalización de contenidos). En general, no puede considerarse que los interesados acepten inequívocamente todos los fines con una única acción cuando sería conveniente que los interesados pudieran expresar preferencias más detalladas.
166. En el contexto de los modelos de «consentimiento o pago», se pide a los usuarios que den su consentimiento a determinadas actividades de tratamiento para acceder al servicio sin pagar una tasa. Cuando un usuario dé su consentimiento a las actividades de tratamiento que permiten acceder al servicio de forma gratuita, debe considerarse que el usuario solo está dando consentimiento para esas actividades de tratamiento, teniendo en cuenta los requisitos para que el consentimiento sea «específico». Para que el consentimiento se considere claramente dado para otros fines, el usuario debe seleccionar activamente estos fines.
167. Otro aspecto importante para la existencia de una manifestación inequívoca de voluntad es que el usuario no esté expuesto a patrones de diseño engañosos y que las diferentes opciones se presenten

---

seguridad informática” o “investigaciones futuras” –sin más detalles– normalmente no cumple el criterio de ser “específico”».

<sup>134</sup> Véase por ejemplo la sentencia en el asunto Bundeskartellamt del TJUE, apartado 151: «es adecuado, [...], que pueda darse un consentimiento separado para el tratamiento, por un lado, de estos últimos datos y, por otro, de los datos *off* Facebook».

<sup>135</sup> Respuesta del CEPD a la iniciativa de la Comisión en favor de un compromiso empresarial voluntario para simplificar la gestión por parte de los consumidores de *cookies* y opciones publicitarias personalizadas, p. 7 (donde se especifica [en inglés]: si un usuario da su consentimiento para acceder o almacenar información en su equipo terminal con una finalidad publicitaria bien descrita, dicha finalidad puede referirse a operaciones técnicas de tratamiento intrínsecamente relacionadas con la finalidad publicitaria, como el uso de *cookies* para la limitación de frecuencias o la medición de la eficacia de las campañas publicitarias. Estas operaciones técnicas de tratamiento pueden implicar el acceso o el almacenamiento de información en los equipos terminales).

<sup>136</sup> C-61/19, Orange Romania, ECLI:EU:C:2020:901 apartado 36.

<sup>137</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 75.

por igual. A este respecto, el CEPD también recuerda sus Directrices sobre patrones de diseño engañosos en las interfaces de las plataformas de redes sociales<sup>138</sup>.

168. Con los modelos de «consentimiento o pago», es importante, por ejemplo, recordar que los usuarios pueden ser inducidos a error a la hora de dar su consentimiento si los responsables del tratamiento facilitan información ambigua. Este es el caso si el consentimiento se obtiene mediante términos como «simplemente continuar» o «continuar sin pago»<sup>139</sup>. En estos casos, la falta de pago se enfatiza de tal forma que no queda claro que elegir la opción libre implique dar el consentimiento<sup>140</sup>. Por lo tanto, para garantizar una manifestación de voluntad inequívoca, las preguntas formuladas deben formularse de manera precisa y transparente y el consentimiento al tratamiento de datos personales no debe presentarse como una mera posibilidad de evitar el pago de una tasa.

### 4.3 Elementos adicionales

#### 4.3.1 Retirada del consentimiento

169. El artículo 7, apartado 3, del RGPD establece que el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. Además, según el artículo 7, apartado 3, del RGPD, «tan fácil retirar el consentimiento como darlo»<sup>141</sup>. El requisito de que la retirada del consentimiento sea sencilla es un aspecto necesario para un consentimiento válido en el RGPD<sup>142</sup>. No existe una solución específica para la aplicación de estos requisitos. Por lo tanto, en general es necesario examinar caso por caso si se ofrece una opción de retirada del consentimiento fácilmente accesible que cumpla los requisitos legales<sup>143</sup>. Esto también depende de si la opción de retirar el consentimiento es clara y claramente reconocible y no se presenta en un diseño engañoso o manipulador<sup>144</sup>.
170. Es obligatorio que el responsable del tratamiento informe al interesado del derecho a retirar el consentimiento antes de que se dé efectivamente el consentimiento<sup>145</sup>. El responsable del tratamiento también debe informar a los interesados de cómo puede ejercerse este derecho<sup>146</sup>.
171. Los interesados deben poder retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno<sup>147</sup>. Es importante señalar que, cuando un interesado sufre un perjuicio al retirar el consentimiento, puede concluirse que el consentimiento nunca se obtuvo válidamente y es responsabilidad del responsable del

---

<sup>138</sup> Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos.

<sup>139</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 84.

<sup>140</sup> Véanse las Directrices del CEPD sobre patrones de diseño engañosos, lista de comprobación 4.6.2 del anexo I.

<sup>141</sup> Esto no tiene que ocurrir siempre a través de la misma acción, pero cuando el consentimiento se obtiene por medios electrónicos a través de un solo clic, deslizamiento o tecla, los interesados deben, en la práctica, poder retirar ese consentimiento con la misma facilidad. Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 113-114.

<sup>142</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 116.

<sup>143</sup> Véase el informe del trabajo realizado por el grupo de trabajo sobre los *banners* de *cookies* del CEPD, apartado 35.

<sup>144</sup> Véase el considerando 37 del Reglamento de Mercados Digitales: «Por último, debe ser igual de fácil retirar el consentimiento que prestarlo. Los guardianes de acceso no deben diseñar, organizar ni explotar sus interfaces en línea de forma que engañen o manipulen a los usuarios finales o reduzcan o distorsionen de otro modo de manera sustancial su capacidad de prestar su consentimiento libremente».

<sup>145</sup> Artículo 7, apartado 3 del RGPD.

<sup>146</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 116.

<sup>147</sup> Considerando 42 del RGPD y Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartados 46 y 114.

tratamiento eliminar todos los datos personales sobre el usuario recogidos sobre la base de dicho consentimiento inválido<sup>148</sup>.

172. En el contexto de los modelos de «consentimiento o de pago» que deben examinarse en el presente asunto, debe distinguirse, en primer lugar, entre el ejercicio del derecho de retirada del consentimiento como tal y el deseo del usuario de seguir utilizando el servicio tras la retirada del consentimiento. Es importante que se facilite información transparente y claramente reconocible sobre cómo puede ejercerse el derecho de retirada del consentimiento, a fin de no dar la impresión de que la retirada del consentimiento daría lugar automáticamente a la formalización de una suscripción de pago. En tales casos, el ejercicio del derecho de retirada del consentimiento dará lugar a que el usuario se encuentre de nuevo ante la opción de dar su consentimiento al tratamiento con fines de publicidad comportamental o de adquirir una suscripción de pago (u optar por la alternativa gratuita sin publicidad comportamental cuando se ofrezca). Esta consecuencia debe responderse del mismo modo que la cuestión general de si puede hacerse una libre elección en el caso de los modelos de «consentimiento o de pago». Por lo tanto, el criterio para determinar si existe un perjuicio se remite a las explicaciones de la sección 4.2.1.2 («Perjuicio»). Si en un caso concreto se determina que puede hacerse una libre elección, esto también debe aplicarse a la retirada del consentimiento, ya que, de lo contrario, siempre daría lugar a la nulidad del consentimiento.
173. Con independencia de ello, debe quedar claro que la decisión de un usuario de suscribirse a la versión de pago del servicio cuando inicialmente había dado su consentimiento al tratamiento con fines de publicidad comportamental constituye una retirada de su consentimiento. Por el contrario, la terminación de la suscripción pagada no equivale a dar el consentimiento.
174. A fin de evaluar si el derecho de retirada del consentimiento cumple los requisitos del RGPD, también deben tenerse en cuenta las consecuencias del ejercicio del derecho de retirada del consentimiento. Las Directrices del CEPD sobre el consentimiento explican que, como norma general, si se retira el consentimiento, todas las operaciones de tratamiento que se basaban en el consentimiento y que hayan tenido lugar antes de dicha retirada –y de acuerdo con el RGPD– seguirán siendo lícitas, pero el responsable deberá detener las actividades de tratamiento en cuestión<sup>149</sup>. Si no hay otra base jurídica que justifique el tratamiento (incluido el almacenamiento ulterior) de los datos, el responsable deberá suprimirlos<sup>150</sup>.
175. La retirada del consentimiento para el tratamiento con fines de publicidad comportamental debe, por tanto, dar lugar al cese de todas las actividades de tratamiento permitidas por el consentimiento del interesado. Esto no solo afecta al almacenamiento o al acceso a los datos del equipo terminal con fines de publicidad comportamental, sino también al tratamiento posterior de los datos recogidos para tales fines (por ejemplo, cuando estos datos se comparten posteriormente con terceros). Esto es especialmente pertinente en circunstancias en las que el responsable del tratamiento utiliza una amplia red de publicidad para dirigirse a personas y rastrearlas a través de varios sitios web.
176. Las conclusiones del TJUE en la sentencia Proximus<sup>151</sup> también se aplican en el contexto de la publicidad comportamental, especialmente con el uso de métodos de *marketing* en línea como las

---

<sup>148</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 49.

<sup>149</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 117.

<sup>150</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 117.

<sup>151</sup> TJUE, sentencia en el asunto C-129/21, Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit, ECLI:EU:C:2022:833. En la sentencia Proximus, el TJUE declaró que cuando distintos responsables del tratamiento se basan en el consentimiento único del interesado, para que dicho interesado retire ese consentimiento basta con que se dirija

licitaciones en tiempo real. También sería contradictorio con el principio de que la retirada del consentimiento sea tan fácil como la otorgación del consentimiento si el propio usuario tuviera que ejercer su derecho de retirada del consentimiento frente a cada responsable del tratamiento implicado, cuando el consentimiento puede darse a todos ellos con un solo clic. Además, en particular a la hora de crear y enriquecer perfiles de usuario que se utilizan para la publicidad comportamental, los perfiles deben suprimirse una vez retirado el consentimiento y no deben tratarse, incluso para otro fin basado en una base jurídica diferente, excepto cuando los datos personales se traten desde el principio para otro fin con una base jurídica válida.

#### 4.3.2 Actualizar el consentimiento

177. El RGPD no establece un plazo específico en cuanto a la frecuencia con que debe actualizarse el consentimiento, ni durante cuánto tiempo puede considerarse que el consentimiento expresa los deseos del interesado. Los responsables del tratamiento deben llevar a cabo esta evaluación caso por caso.

El CEPD proporcionó en sus directrices criterios que podrían orientar a los responsables del tratamiento a la hora de determinar cuál sería la vigencia del consentimiento, incluido el contexto, el alcance del consentimiento original y las expectativas del interesado<sup>152</sup>. Es posible que en dicha evaluación deban tenerse en cuenta las disposiciones incluidas en otra legislación de la UE, en función de las circunstancias específicas de cada caso, como el previsto en el artículo 5, apartado 2, del Reglamento de Mercados Digitales.

178. En el contexto de la publicidad comportamental, teniendo en cuenta la intrusividad del tratamiento, parece adecuado un período de tiempo limitado durante el cual el consentimiento siga siendo válido, como un año<sup>153</sup>.

## 5 CONCLUSIONES

179. En el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» gestionados por plataformas en línea de gran tamaño, el CEPD destaca la necesidad de que los responsables del tratamiento cumplan todos los requisitos del RGPD, en particular los requisitos de consentimiento válido, tal como se describe en el presente Dictamen, al tiempo que evalúa las especificidades de cada caso.

Cabe concluir que, en la mayoría de los casos, no será posible que las plataformas en línea de gran tamaño cumplan los requisitos para un consentimiento válido si solo plantean a los usuarios una

---

a cualquiera de los responsables del tratamiento (apartado 84). Además, el TJUE afirma lo siguiente: «[...] para garantizar la efectividad del derecho a retirar su consentimiento [...] y garantizar que el consentimiento del interesado esté estrictamente vinculado a la finalidad para la que se dio, el responsable del tratamiento al que se dirigió el interesado para retirar su consentimiento al tratamiento de sus datos personales está efectivamente obligado a informar de tal retirada a cualquier persona que le haya transmitido esos datos y a quien haya transmitido, a su vez, dichos datos. Los responsables del tratamiento informados de este modo tienen a continuación, a su vez, la obligación de transmitir esta información a los demás responsables del tratamiento a los que comunicaron tales datos» (apartado 85).

<sup>152</sup> Directrices del CEPD sobre el consentimiento, apartado 110.

<sup>153</sup> Véase también el Dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre la publicidad comportamental en línea, p. 16.

elección binaria entre dar su consentimiento al tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental o pagar una tasa.

180. El CEPD recuerda que los datos personales no pueden considerarse una mercancía comercializable y las plataformas en línea de gran tamaño deben tener presente la necesidad de evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en una característica por la que los interesados tengan que pagar para disfrutar. Por lo tanto, la oferta de (solo) una alternativa de pago al servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no debería ser el camino que los responsables del tratamiento deban seguir por defecto. Por el contrario, al desarrollar la alternativa a la versión del servicio con publicidad comportamental, las plataformas en línea de gran tamaño deben considerar la posibilidad de ofrecer a los interesados una «alternativa equivalente» que no implique el pago de una tasa (por ejemplo, incluyendo una forma diferente de publicidad que no sea publicidad comportamental).
181. En caso de que decidan proporcionar a los interesados una «alternativa equivalente» que implique el pago de una tasa, a fin de garantizar una verdadera elección y evitar presentar a los usuarios una elección binaria entre el pago de una tasa y el consentimiento para el tratamiento con fines de publicidad comportamental, los responsables del tratamiento también deben considerar la posibilidad de ofrecer otra alternativa, gratuita, sin publicidad comportamental, por ejemplo, con una forma de publicidad que implique el tratamiento de menos datos personales (o de ninguno). Se trata de un factor especialmente importante en la evaluación de determinados criterios para el consentimiento válido con arreglo al RGPD.

En la mayoría de los casos, el hecho de que el responsable del tratamiento ofrezca gratuitamente otra alternativa sin publicidad comportamental tendrá un efecto sustancial en la evaluación de la validez del consentimiento, en particular en lo que respecta al aspecto del perjuicio. Por lo tanto, las plataformas en línea de gran tamaño deben sopesar la oferta de una alternativa gratuita sin publicidad comportamental.

182. Sobre la base de la solicitud de dictamen de las autoridades de control de los Países Bajos, Noruega y Alemania (Hamburgo) y sobre la base del análisis anterior, el CEPD concluye que el **consentimiento obtenido por las plataformas en línea de gran tamaño** (tal como se definen a efectos del presente Dictamen) **en el contexto de los modelos de «consentimiento o pago» relativos a la publicidad comportamental solo puede considerarse válido en la medida en que dichas plataformas puedan demostrar, en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva, que se cumplen todos los requisitos para un consentimiento válido**, es decir, que:

- El consentimiento **se da libremente**. A este respecto, las plataformas en línea de gran tamaño deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:
  - Si el interesado sufre un **perjuicio** como consecuencia de no dar su consentimiento o retirarlo. A este respecto, las plataformas en línea de gran tamaño que utilicen modelos de «consentimiento o pago» deben garantizar que ninguna tasa impida efectivamente a los interesados elegir libremente, por ejemplo, incitándolos a dar su consentimiento. Además, puede producirse un perjuicio cuando los interesados no pagan una tasa para no dar su consentimiento y, por lo tanto, se enfrentan a la exclusión del servicio si no dan su consentimiento, especialmente 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 redes profesionales, más aún en presencia de efectos de dependencia o de red. Como consecuencia de ello, es probable que se produzca un perjuicio cuando las plataformas en línea de gran tamaño

utilicen un modelo de «consentimiento o pago» para obtener el consentimiento para el tratamiento.

- Si existe un **desequilibrio de poder** entre el interesado y este tipo de plataformas. A este respecto, determinados factores no exhaustivos y no acumulativos pueden ayudar a las plataformas en línea de gran tamaño en esta evaluación caso por caso, incluida la posición de la empresa en el mercado, la existencia de efectos de dependencia o de red, la medida en que el interesado depende del servicio y el público destinatario o preponderante del servicio; cuando existe un claro desequilibrio, el consentimiento solo puede utilizarse en «circunstancias excepcionales» y cuando el responsable del tratamiento, en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva, pueda demostrar que no existen «consecuencias adversas» para el interesado si no da su consentimiento, en particular si se ofrece a los interesados una alternativa que no tenga ningún impacto negativo.
- Si el consentimiento es necesario para acceder a bienes o servicios, aunque el tratamiento basado en el consentimiento no sea necesario para la ejecución del contrato aplicable a la oferta de dichos bienes o servicios. El CEPD señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró en la sentencia en el asunto Bundeskartellamt que a los usuarios que se nieguen a dar su consentimiento a determinadas operaciones de tratamiento se les debe ofrecer, «en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos». De este modo, los responsables del tratamiento evitarán un problema de condicionalidad. En cualquier caso, también deben cumplirse los demás criterios para el consentimiento «dado libremente». El CEPD considera que la necesidad de que se ofrezca a los interesados una «**alternativa equivalente**» mencionada por el TJUE se refiere a una versión alternativa del servicio en cuestión ofrecida por el mismo responsable del tratamiento que no implique dar el consentimiento al tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental. El CEPD proporciona elementos que pueden ayudar a garantizar que la alternativa sea realmente equivalente. Si la versión alternativa solo es diferente en la medida necesaria como consecuencia de que el responsable del tratamiento no puede tratar los datos personales con fines de publicidad comportamental, puede considerarse, en principio, equivalente. Además, en la «alternativa equivalente», deben omitirse las operaciones de tratamiento que no sean necesarias para la prestación del servicio y se basen en el consentimiento. Dado que las operaciones de tratamiento llevadas a cabo con fines de publicidad comportamental no son necesarias para la prestación del servicio y se basan en el consentimiento, dichas operaciones deben omitirse de la alternativa equivalente, a menos que dichas operaciones de tratamiento sirvan también para otro fin lícito.
- Si una **tasa** impuesta puede impedir a los interesados tomar una decisión real o incitarles a dar su consentimiento. Por lo que respecta a la imposición de cualquier tasa para acceder a la versión «alternativa equivalente» del servicio, los responsables del tratamiento deben evaluar, caso por caso, tanto si una tasa es adecuada como el importe adecuado en las circunstancias dadas, teniendo en cuenta la necesidad de evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en una característica preferente reservada a los que tienen más recursos. Esta evaluación debe llevarse a cabo a la luz de los requisitos de un consentimiento válido y de los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD, en particular el principio de lealtad y teniendo en cuenta tanto las posibles

alternativas a la publicidad comportamental que implican el tratamiento de menos datos personales como la posición de los interesados.

Las autoridades de control se encargan de hacer cumplir la aplicación del RGPD, lo que también puede estar relacionado con el efecto de cualquier tasa en la libertad de elección de los interesados. En muchas circunstancias, las autoridades de control pueden beneficiarse de consultar a las autoridades en otros ámbitos del Derecho, incluidas, en particular, las autoridades de protección de los consumidores y de competencia.

- Si los interesados son libres de elegir la finalidad del tratamiento que aceptan, en lugar de presentárseles una solicitud de consentimiento que agrupa varias finalidades (**granularidad**).
  - El consentimiento es **informado**. Los responsables del tratamiento tienen la responsabilidad, en virtud del principio de responsabilidad proactiva, de crear y documentar un proceso de información que permita a los interesados tener una comprensión completa y clara del valor, el alcance y las consecuencias de sus posibles decisiones. Esto significa que, antes de tomar cualquier decisión, los interesados deben recibir información clara sobre las actividades de tratamiento relacionadas con cada una de las opciones que se les ofrecen. Las plataformas en línea de gran tamaño deben tener en cuenta la complejidad de las actividades de tratamiento de datos necesarias para ofrecer publicidad comportamental y garantizar que la información se facilite de manera clara e inteligible para el público destinatario.
  - El consentimiento es una **manifestación inequívoca de voluntad**. Las plataformas en línea de gran tamaño deben diseñar detenidamente la manera en que se pide a los interesados que den su consentimiento, a fin de garantizar que los interesados no estén sujetos a patrones de diseño engañosos. Cuando un usuario dé su consentimiento a las actividades de tratamiento que permiten acceder al servicio de forma gratuita, debe considerarse que el usuario solo está dando consentimiento para esas actividades de tratamiento, teniendo en cuenta los requisitos para que el consentimiento sea específico. Para que el consentimiento se considere claramente dado para otros fines, el usuario debe seleccionar activamente estos fines.
  - El consentimiento es **específico**. Esto significa que las plataformas en línea de gran tamaño deben definir y delimitar con precisión los fines de las actividades de tratamiento para las que se requiere el consentimiento. Por ejemplo, el consentimiento obtenido con fines de publicidad comportamental no debe combinarse con otros fines. Las plataformas en línea de gran tamaño deben evaluar y documentar caso por caso si proporcionar publicidad comportamental implica que traten datos personales para diferentes fines y deben requerir consentimientos separados para estos fines.
183. El CEPD recuerda que la **obtención del consentimiento no exime a las plataformas en línea de gran tamaño de cumplir las demás normas y principios establecidos en el RGPD**, incluidos los principios expuestos en el artículo 5 del RGPD. Los siguientes principios revisten especial importancia para las plataformas en línea de gran tamaño que aplican modelos de «consentimiento o pago», no solo a la hora de evaluar si el consentimiento es válido:
- **Limitación de la finalidad y minimización de datos**: las plataformas en línea de gran tamaño tienen la responsabilidad de definir claramente la finalidad de sus actividades de tratamiento y de garantizar que solo se traten los datos personales necesarios para alcanzar este fin.

- **Lealtad:** para garantizar que sus actividades de tratamiento sean justas, las plataformas en línea de gran tamaño deben tener en cuenta el impacto de sus actividades de tratamiento en los derechos y la dignidad de las personas y conceder el mayor grado de autonomía posible a los interesados.
- **Protección de datos desde el diseño:** las plataformas en línea de gran tamaño deben aplicar medidas técnicas y organizativas adecuadas e integrar las salvaguardias necesarias en sus actividades de tratamiento a fin de cumplir los requisitos del RGPD y proteger los derechos y libertades de los interesados.
- **Protección de datos por defecto:** las plataformas en línea de gran tamaño son responsables de aplicar por defecto los parámetros y opciones de tratamiento de forma que solo se lleve a cabo el tratamiento estrictamente necesario para alcanzar la finalidad lícita establecida.
- **Responsabilidad proactiva:** las plataformas en línea de gran tamaño son responsables y deben poder demostrar el cumplimiento del RGPD, incluidos los principios enumerados anteriormente.

Por el Comité Europeo de Protección de Datos

La Presidenta

(Anu Talus)