

**LÍMITES A LA LICITUD DE LOS MODELOS
DE “CONSENTIMIENTO O PAGO” EN
MATERIA DE DATOS PERSONALES**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 127, julio 2024, pp. 1-11

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional Docta Complutense
<https://docta.ucm.es>

Límites a la licitud de los modelos de “consentimiento o pago” en materia de datos personales

Limits to the lawfulness of “consent or payment” models in the field of personal data

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Se analizan los últimos desarrollos en el ámbito de la Unión Europea con respecto a la utilización de los modelos de “consentimiento o pago” en materia de datos personales. Al hilo de la importancia de la publicidad comportamental y las herramientas de predicción y recomendación, se analiza el reciente Dictamen del Comité Europeo de Protección de Datos acerca de los límites al empleo de tales modelos en relación con el tratamiento de datos personales por las plataformas en línea de gran tamaño. La interacción entre la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos y del Reglamento de Mercados Digitales presenta especial trascendencia en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: datos personales, RGPD, consentimiento, redes sociales

ABSTRACT: The latest developments in the European Union regarding "consent or pay" models in the field of personal data are analysed. In line with the importance of behavioural advertising and predictive and recommendation tools, the recent Opinion of the European Data Protection Boards on the limits to the use of such models in relation to the processing of personal data by large online platforms is analysed. The interplay between the application of the General Data Protection Regulation and the Digital Markets Act is of particular importance in this area.

KEYWORDS: personal data, GDPR, consent, social networks

I. Planteamiento

1. Los modelos de “consentimiento o pago” en materia de datos personales hacen referencia al ofrecimiento al usuario, como presupuesto de la utilización de un servicio en línea, de la opción entre, de una parte, prestar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales por el prestador del servicio (para facilitar la explotación de publicidad comportamental y la elaboración de perfiles) o, de otra, pagar una cantidad de dinero para

poder utilizar el servicio, como alternativa a la prestación del consentimiento al tratamiento de sus datos personales. Pese a los anuncios de declive de la publicidad comportamental y su sustitución por modelos de negocio que impliquen una menor intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos personales de los usuarios, en los últimos tiempos se ha asistido a una expansión sin precedentes de los llamados modelos de “consentimiento o pago”, ilustrativos de la relevancia de ese tipo de publicidad en el marco del ofrecimiento de servicios digitales y de la puesta a disposición de contenidos en línea, así como de la relevancia del tratamiento de amplios volúmenes de datos en relación con el desarrollo de herramientas predictivas.

2. Se trata de una evolución condicionada, además, por los recientes avances en el Derecho de la UE -muy en especial la célebre sentencia del Tribunal de Justicia *Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*-¹ en lo relativo a los límites de ciertas bases de licitud del tratamiento de datos personales establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679 de protección de datos (RGPD) en relación con la red social en línea Facebook. En especial, el limitado alcance como base de licitud de la relativa a que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte -art. 6.1.b) RGPD-, condiciona el interés del responsable del tratamiento por obtener el consentimiento del interesado y poder fundar así el tratamiento en la base prevista en el artículo 6.1.a). La referencia expresa por el TJUE, en el apartado 150 de esa sentencia, a que la obtención del consentimiento del interesado en los términos exigidos por el RGPD puede requerir, en determinadas situaciones, que el prestador de servicios de red social ofrezca a los usuarios, como alternativa a la aceptación del tratamiento de sus datos personales, una opción equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos “en su caso a cambio de una remuneración adecuada”, es un elemento que contribuye también al desarrollo de esos modelos.

3. En este marco, con respecto a la actividad de las grandes plataformas en línea, reviste singular importancia la adopción por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD o EDPB) el pasado 17 de abril de su Dictamen 8/2024 sobre de modelos de “consentimiento o pago” desplegados por las grandes plataformas en línea.² Se trata de un documento de interés especialmente por la relevancia de los criterios que incorpora para valorar los límites de tales prácticas como vía para la obtención por las plataformas en línea de gran tamaño de un consentimiento del interesado que cumpla con los requisitos exigidos por el RGPD (y la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y sus disposiciones de transposición, que son las relevantes en materia de cookies).

4. El Reglamento (UE) 2022/1925 de Mercados Digitales (RMD) complementa el marco derivado del RGPD con respecto a las actividades de los “guardianes de acceso”. Esta categoría va referida a las empresas prestadoras de servicios básicos de plataforma, designada como tales por la Comisión por cumplir con los requisitos establecidos en el

¹ STJUE de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, C-252/21, EU:C:2023:537.

² EDPB, “Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms”, 17 April 2024, https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf.

artículo 3 RMD.³ El RMD es de aplicación “sin perjuicio” del RGPD (considerando 12 RMD) y establece que los intereses de protección de datos de los usuarios finales son pertinentes al evaluar los efectos negativos de la recopilación y acumulación de grandes cantidades de datos de tales usuarios por parte de los guardianes de acceso (cdo. 72), incorpora en su artículo 5 ciertas restricciones específicas aplicable a los guardianes de acceso relevantes en relación con las prácticas de “consentimiento o pago”.

II. Contexto del nuevo dictamen del Comité

5. Cabe comenzar recordando que el artículo 6.1 RGPD contiene una lista exhaustiva y taxativa de los casos en los que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito. En relación con el tratamiento de los datos de sus usuarios por los prestadores de servicios digitales y quienes proporcionan contenidos en línea, reviste especial importancia la interpretación de la base de licitud establecida en el artículo 6.1.b), que considera lícito “el tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.” Con carácter cumulativo a la existencia y validez de un contrato en el que el interesado sea parte -a decidir conforme al Derecho contractual (nacional) aplicable-, el primer inciso del artículo 6(1)(b) RGPD requiere que el tratamiento sea «necesario» para la ejecución del contrato. Cuando la prestación de un servicio en el marco de un contrato se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato no cabe recurrir al artículo 6(1)(b) RGPD sino que típicamente será necesario haber obtenido el consentimiento del interesado para su tratamiento, conforme al artículo 6(1)(a) y 7 RGPD.

6. La mencionada sentencia *Meta Platforms e.a.*, en relación con la actividad de los grandes prestadores de servicios de red social, estableció que el empleo del término “necesario para la ejecución de un contrato” en el artículo 6.1.b) RGPD supone que el tratamiento de datos en cuestión “debe ser objetivamente indispensable para conseguir un fin que forme parte integrante de la prestación contractual destinada al interesado”, lo que implica que el responsable debe poder demostrar “por qué el objeto principal del contrato no podría alcanzarse sin el tratamiento en cuestión” (apdo. 98). El tratamiento de datos debe ser “esencial para permitir la correcta ejecución del contrato” celebrado entre el responsable y el interesado, sin que “existan otras soluciones practicables y menos intrusivas” (apdo. 99), lo que debe evaluarse en el contexto de cada uno de los varios servicios o de elementos separados de un servicio a los que vaya referido el contrato en cuestión (apdo. 100). La justificación basada en la personalización de los contenidos no resulta suficiente a los efectos del artículo 6.1.b) RGPD. La personalización no se considera objetivamente indispensable para una finalidad que forme parte integrante de los servicios de red social (apdo. 102). Por otra parte, la insuficiencia de la justificación basada en “la

³ Los seis primeros guardianes de acceso designados por la Comisión en septiembre de 2023 fueron Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft. Entre los 22 servicios básicos de plataforma prestados por guardianes de acceso designados en esa ocasión, en relación con Meta, se incluyeron Facebook e Instagram, como servicios de redes sociales en línea, y Whatsapp, como servicio de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración.

utilización homogénea y fluida de los servicios propios del grupo Meta” se vincula con la posibilidad de suscribir por separado esos diferentes servicios (apdo. 103).

7. En esa misma sentencia el Tribunal de Justicia estableció también los límites de la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable o por un tercero, como base alternativa del tratamiento de datos personales de sus usuarios por las redes sociales (artículo 6.1.f) RGPD). Como posibles “intereses legítimos” que podrían fundar su tratamiento si concurrieran los requisitos del artículo 6.1.f) RGPD, destaca el análisis de la personalización de la publicidad, en la medida en que el Tribunal lo vincula con la gratuidad del servicio de red social prestado por Facebook. Pese a que el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa pueda constituir un interés legítimo del responsable a los efectos de esa norma, el Tribunal de Justicia rechazó que ese sea el caso cuando la ponderación se proyecta sobre el tratamiento de datos personales que la red social lleva a cabo para personalizar la publicidad a cambio de ofrecer los servicios de manera gratuita.

8. Elementos muy relevantes para apreciar que ese interés del responsable no puede prevalecer sobre los derechos e intereses del afectado son el alcance del tratamiento y su impacto sobre el interesado –destacando el Tribunal el alcance particularmente amplio del tratamiento controvertido que se proyecta sobre datos potencialmente ilimitados (apdo. 118 de la sentencia)-, así como las expectativas razonables de este último. En concreto, el Tribunal afirma que “pese a la gratuidad de los servicios de una red social en línea como Facebook, el usuario de esta no debería esperar razonablemente que, sin su consentimiento, el operador de esa red social trate los datos personales de ese usuario con fines de personalización de la publicidad”, lo que lleva a excluir que el interés del prestador de servicio en la personalización de la publicidad para financiar su actividad pueda prevalecer a los efectos de que el artículo 6.1.f) RGPD proporciona una base para la licitud de ese tratamiento (apdo. 117).

9. La eventual imposibilidad por parte del operador de la red social de fundar el tratamiento de datos controvertido en las bases de licitud relativas a la necesidad para la ejecución del contrato (art. 6.1.b RGPD) y a la satisfacción de intereses legítimos del responsable (art. 6.1.f RGPD), atribuye especial relevancia al consentimiento por parte del interesado (art. 6.1.a y, con respecto al consentimiento explícito cuando se trata de categorías especiales de datos, art. 9.2.a RGPD). A este respecto, la sentencia *Meta Platforms e.a* no llevó a cabo una interpretación del consentimiento en general a los efectos del RGPD, término objeto de definición en su artículo 4.11, sino que se limitó a un aspecto particular que se suscita en relación con la obtención del consentimiento de los usuarios por el operador de una red social como Facebook. Como es conocido, el artículo 4.11 RGPD define el consentimiento 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 cuestión planteada al Tribunal de Justicia iba referida únicamente a la interpretación del requisito de que el consentimiento se preste libremente, cuando se presta ante un operador que ocupa una posición dominante en el mercado de las redes sociales en línea.

10. El Tribunal de Justicia puso de relieve que la peculiar situación del operador de una red social que ocupa una posición de dominio en el mercado no excluye que el interesado pueda dar su consentimiento y que el mismo sea la base jurídica del tratamiento, pero sí exige la imposición de requisitos específicos para poder establecer que los usuarios han prestado libremente su consentimiento a un tratamiento de datos personales como el controvertido. En primer lugar, se exige que en el marco del proceso contractual los usuarios tengan “la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, 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” (apdo. 150 de la sentencia). En segundo lugar, con carácter adicional, se exige que se permita a los usuarios dar su consentimiento por separado, por una parte, con respecto al tratamiento de los datos relativos a su comportamiento dentro de la red social, y, por otra, con respecto al resto de los datos. Sin esta posibilidad debe presumirse que su consentimiento con respecto a los datos que no van referidos a su comportamiento en la red social no es libre.

III. Posición del Comité: carencias de la mera posibilidad de elegir entre las dos opciones básicas y recomendación de la puesta a disposición de otras alternativas gratuitas

11. El Comité recuerda que la exigencia de que el consentimiento del interesado sea una “manifestación de voluntad libre”, requiere una elección y un control reales para los interesados cuando lo presta, de modo que no concurre cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno (cdo. 42 RGPD). Además, el consentimiento no constituye un fundamento jurídico válido para el tratamiento cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento (cdo. 43 RGPD). Conforme al artículo 7.4 RGPD, para evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, debe tenerse en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios.

12. El ofrecimiento al interesado por grandes plataformas de la mera posibilidad de elegir entre dos opciones, como es propio de los modelos más simples de “consentimiento o pago”, no cumplirá, según el criterio del Comité, en las situaciones típicas con lo que es exigible para que el consentimiento sea libre y válido a los efectos del RGPD. En el Dictamen se considera que lo apropiado a esos efectos es que el responsable ofrezca al interesado alguna alternativa de otro tipo, en particular una alternativa equivalente que no implique el pago de un precio, como una versión gratuita con formas diferentes de publicidad que no impliquen el tratamiento de datos personales o impliquen el tratamiento de un menor número de datos personales sin publicidad comportamental. El Comité constata que no existe “siempre” una obligación de que las grandes plataformas ofrezcan sus servicios de manera gratuita, pero el ofrecimiento de esa opción adicional facilitará la

prueba por su parte de que el consentimiento ha sido prestado de manera libre y se ha dado al interesado una elección real cuando ha optado por consentir el tratamiento de sus datos personales (apdos. 75 a 77 del Dictamen).

13. Además, puede resultar determinante para apreciar que se ha eliminado o reducido el perjuicio -tener que pagar para acceder al servicio o no poder acceder- que puede suponer para los usuarios no prestar su consentimiento, lo que constituye una exigencia en especial en las situaciones en las que concurre un claro desequilibrio de poder entre el responsable y el interesado (apdos. 78-79 y 96 y ss en relación con los criterios para establecer la existencia de desequilibrio). Los aludidos perjuicios en ausencia de una alternativa adicional de este tipo pueden ser especialmente severos cuando se trata de servicios de las plataformas que son muy relevantes para la vida diaria del usuario o sus relaciones sociales, o para acceder a redes profesionales o de empleo, especialmente cuando se trata de redes con un elevado número de usuarios y en situaciones en las que no es sencillo para el usuario trasladar su actividad a otra plataforma con un impacto semejante (apdos 87 a 92).

14. En lo relativo a las condiciones para el consentimiento, el Comité presta especial atención a la previsión en el artículo 7.4 RGPD, acerca de la necesidad de controlar si la prestación del servicio se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para tal prestación. Constata que de la mencionada sentencia *Meta Platforms e.a* resulta que los modelos de “consentimiento o pago” no están en principio prohibidos, pero interpreta la posición del Tribunal al respecto en el sentido de que a los interesados que opten por no dar su consentimiento debe ofrecérseles una "alternativa equivalente", lo que puede ser determinante para apreciar que los interesados no se enfrenten a una situación de condicionalidad que dé lugar a un consentimiento inválido (apdo. 117). Esa "alternativa equivalente" se referiría a una versión alternativa del servicio ofrecido por el mismo responsable del tratamiento que no implique el consentimiento para el tratamiento de datos personales con fines de publicidad comportamental. El Dictamen considera que, si la versión alternativa es diferente sólo en la medida necesaria como consecuencia de que el responsable se ve privado de la posibilidad de tratar datos personales con fines de publicidad comportamental, en principio podrá considerarse equivalente.

IV. Presupuestos de la exigencia de remuneración y requisitos adicionales

15. La posibilidad planteada por el propio Tribunal de Justicia de que la alternativa equivalente se ofrezca a los usuarios “en su caso a cambio de una remuneración adecuada”, lleva al Comité a recordar su criterio de que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, y que los responsables del tratamiento deben evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se transforme en un elemento que los interesados tengan que pagar para disfrutar. El Comité considera que la exigencia de una remuneración cabe únicamente cuando se den determinadas circunstancias, en función de las posibles alternativas a la publicidad que implican el tratamiento de menos datos personales y la posición de los interesados, lo que requerirá un análisis casuístico por los interesados de si

la remuneración y su concreta cuantía resultan adecuadas a la luz de las circunstancias y no menoscaban la posibilidad elegir. La remuneración exigida no debe impedir a los interesados denegar su consentimiento, ni hacerles sentirse obligados a prestarlo (apdos. 131-134).

16. Además, al solicitar el consentimiento del interesado, las grandes plataformas en línea deben tener en cuenta que otra condición para que el consentimiento sea libre es la disociación de los fines del tratamiento de los datos. Cuando se le presenta un modelo de “consentimiento o pago”, el interesado debe tener libertad para elegir la finalidad del tratamiento o las operaciones de tratamiento que acepta (cdo. 43 RGPD). Cuando el responsable del tratamiento combina varios fines para el tratamiento y pretende obtener el consentimiento de manera conjunta, no cabe apreciar que exista libertad. La exigencia de que el consentimiento sea específico está estrechamente relacionada con esa necesidad de disociación de las finalidades del tratamiento que el interesado acepta (apdos. 139-140 del Dictamen).

V. Aplicación del Reglamento de Mercados Digitales

17. Un primer grupo de obligaciones de los guardianes de acceso incluidas en el artículo 5 RMD van referidas a aspectos relativos al tratamiento de datos personales, ámbito en el que la interacción con el RGPD presenta gran relevancia, habida cuenta de que el RMD resulta de aplicación sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos de la Unión sobre datos personales. Se trata de restringir, con el fin de no obstaculizar la eventual entrada de competidores en el mercado, ciertas ventajas que los guardianes de acceso pueden obtener gracias a la acumulación de datos que les permite la posición que ocupan y su acceso a datos de terceros.

18. En concreto, el apartado 2 del artículo 5 RMD impone a los guardianes de acceso la obligación de abstenerse de realizar las siguientes prácticas, salvo que se cumplan determinados requisitos, respecto de cada uno de sus servicios básicos de plataforma afectados por la designación: a) tratar con el fin de prestar servicios de publicidad en línea los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que usen esos servicios básicos de plataforma (por ejemplo, los datos de los clientes de un sitio web que utiliza para comercializar bienes el servicio de plataforma); b) combinar datos personales procedentes de esos servicios básicos de plataforma con datos personales procedentes de cualesquiera otros servicios que proporcione el guardián de acceso o de servicios de terceros; c) cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, y viceversa; y d) iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales.

19. Para que los guardianes de acceso puedan realizar cualquiera de esas prácticas es necesario que lo haya elegido libremente el usuario final dando su consentimiento en los términos de los artículos 4.11 y 7 RGPD después de que el guardián de acceso le hubiera ofrecido una alternativa menos personalizada, aunque equivalente (salvo que la degradación de la calidad sea consecuencia directa de que el guardián de acceso no pueda tratar esos

datos personales ni iniciar la sesión de los usuarios finales en un servicio), y sin condicionar el uso del servicio básico de plataforma (o de algunas de sus funcionalidades) a ese consentimiento. No se permite que los guardianes de acceso soliciten a los usuarios finales más de una vez al año prestar su consentimiento para el mismo fin de tratamiento respecto del cual hubieran denegado o retirado su consentimiento. No prestar el consentimiento no debe ser más difícil que prestarlo.

20. El RMD considera que no resultarán en principio suficientes para que el guardián de acceso pueda realizar esas prácticas las condiciones de licitud previstas en las letras b) y f) del artículo 6.1 RGPD: que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte y que el tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero (cdo. 36 RMD). Se prevé además que “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” (cdo. 37). Si bien se trata de una obligación que con base en el RGPD cabe entender exigible respecto del tratamiento de datos personales no solo a los guardianes de acceso, su peculiar posición en el mercado condiciona la apreciación de si el afectado ha prestado el consentimiento en los términos exigidos en el RGPD. Por otra parte, la precisión del RMD (pese a que deba aplicarse sin perjuicio del RGPD) acerca de la inadecuación de las condiciones de licitud del tratamiento de las letras b) y f) del artículo 6.1 RGPD a estos efectos resulta ahora coherente con la posición adoptada por el TJUE en relación con las limitaciones del artículo 6.1.b) RGPD como base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de redes sociales y otras plataformas en su mencionada sentencia *Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*.

21. Junto a la vertiente sustantiva del RMD, y su regulación de las prácticas de los “guardianes de acceso” que limitan la disputabilidad o son desleales, incluyendo la imposición de obligaciones y prohibiciones específicas como las reseñadas respecto de tales empresas, un elemento innovador significativo frente al RGPD es el relativo a los mecanismos de tutela. La Comisión es la única autoridad facultada para hacer cumplir el RMD. Para garantizar la efectividad práctica del RMD, su Capítulo V atribuye a la Comisión amplios poderes de investigación (solicitud de información, toma de declaraciones y realización de inspecciones) y de adopción de medidas destinadas a garantizar la efectividad práctica de las obligaciones que el RMD impone. El artículo 29 contempla la adopción por la Comisión de decisiones de incumplimiento, entre otros supuestos, cuando constate que un guardián de acceso no cumple cualquiera de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 o 7 o las medidas especificadas por la Comisión de conformidad con el artículo 8.2. Las decisiones de incumplimiento pueden dar lugar a la imposición a los guardianes de acceso de multas sancionadoras muy elevadas. En concreto, el incumplimiento, de forma intencionada o por negligencia, de cualquiera de las obligaciones establecidas en los artículos 5, 6 y 7 puede dar lugar a la imposición por la Comisión de multas sancionadoras de hasta el 10 % del volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior del guardián de acceso, que pueden llegar hasta el 20 % en ciertos casos de reiteración (art. 30).

22. En este contexto, destaca la incoación por la Comisión de un procedimiento contra Meta por el incumplimiento del artículo 5.2 RMD, en relación con la introducción en noviembre de 2023 de una oferta binaria de «pagar o consentir» por parte de los usuarios de Facebook e Instagram de la UE. Como consecuencia de ese modelo, tales usuarios tienen que elegir entre, de una parte, la suscripción mediante una cuota mensual a una versión sin anuncios de los servicios o, de otra, el acceso gratuito a una versión con anuncios personalizados. Las conclusiones preliminares anunciadas recientemente por la Comisión en el marco de ese procedimiento consideran que semejante modelo no cumple los requisitos que exige el artículo 5.2 RMD.⁴ Tal incumplimiento deriva de que se trata de un modelo que no permite a los usuarios optar por un servicio que utilizando menos datos personales sea equivalente al basado en publicidad personalizada y, además, tampoco les permite ejercer su derecho a consentir libremente la combinación de sus datos personales. Se trata de un resultado provisional sustancialmente coincidente con el alcanzado por el Comité en relación con el RGPD en el Dictamen reseñado.

23. En el plano práctico, este desarrollo refuerza la idea de que el entramado institucional del RMD y el papel atribuido a la Comisión pueden facilitar la actividad de supervisión de los grandes prestadores de servicios respecto de conductas regidas también por el RGPD, reforzando la necesidad de coordinación en la aplicación de ambos instrumentos. De cara al futuro, puede resultar relevante que, al margen de los mecanismos de tutela jurídico-pública atribuidos a la Comisión, el incumplimiento por parte de los guardianes de acceso de lo dispuesto en el RMD, especialmente las obligaciones previstas en los artículos 5 y 6, pueden dar lugar al ejercicio de acciones, en particular, por perjudicados por sus prácticas contractuales, comerciales o técnicas contrarias a esas obligaciones.

24. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el RGPD y especialmente en su artículo 82, la eventual tutela privada de sus normas recibe escasa atención en el RMD, salvo lo dispuesto en su artículo 42 para facilitar que los consumidores puedan hacer valer sus derechos en relación con las obligaciones impuestas a los guardianes de acceso (cdo. 104). Pese a ello, se trata de una posibilidad muy relevante, lo que ha tenido su reflejo en la previsión por algunos legisladores nacionales al adoptar normas de aplicación del RMD previsiones específicas en este sentido. En concreto, entre las modificaciones introducidas en este contexto por el legislador alemán se encuentra la previsión expresa de ejercitar acciones de indemnización por daños como consecuencia de la infracción de los artículos 5 a 7 del RMD.⁵ En el contexto de la tutela jurídico-privada del RMD resultará relevante la previsión en este instrumento en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales no adoptarán resoluciones que sean contrarias a una decisión adoptada por la Comisión en virtud del RMD, así como que evitarán adoptar resoluciones que puedan entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en un procedimiento que ya haya incoado, suspendiendo, en su caso, el procedimiento ante el órgano jurisdiccional. (cdos. 91 y 92 y art. 39 RMD).

⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_3582 (1 de julio de 2024).

⁵ *Vid.* Secciones 33(1) y 33a(1) de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) tras su reforma de 2023.

VI. Reflexiones finales

25. El consentimiento como base de licitud del tratamiento en el marco del RGPD está sometido a requisitos específicos, como ha quedado señalado en relación especialmente con los artículos 4.11, 6 y 7 del RGPD. El singular interés del nuevo Dictamen en este contexto se vincula con que tiene por objeto específico analizar los límites que tales requisitos imponen al empleo de modelos de “consentimiento o pago” como fundamento del tratamiento de datos personales de los usuarios, proporcionando un valioso complemento de sus Directrices 5/2020 sobre consentimiento.⁶

26. Ese interés se refuerza porque el concepto de consentimiento del RGPD resulta también determinante en la interpretación de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y sus normas de transposición. En particular, el empleo de modelos de “consentimiento o pago” se ha expandido con respecto a la obtención del consentimiento de cookies o elementos similares como vía para recabar información relevante en relación con la publicidad comportamental. El que en tales situaciones el consentimiento venga exigido por lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE con respecto al consentimiento del interesado en relación con el almacenamiento de información, o la obtención de acceso a la información ya almacenada, en su equipo terminal, no afecta a la relevancia del Dictamen, en la medida en que el concepto de consentimiento en ese instrumento es coincidente con el del RGPD (como recuerda en el apdo. 43 del Dictamen).

27. La incoación por la Comisión de procedimientos con base en el RMD en esta materia pone de relieve el carácter complementario de algunas de sus normas, singularmente de su artículo 5.2, con respecto al RGPD, y cómo el RMD establece un marco de supervisión por parte de la Comisión que puede facilitar una aplicación a nivel de la Unión más efectiva con respecto a los “guardianes de acceso”. Estas constataciones reclaman también la necesidad de coordinación en la aplicación de ambos instrumentos.

28. Por último, el ámbito de aplicación subjetivo del RMD, restringido a los “guardianes de acceso” es coherente con la constatación de que el alcance subjetivo del Dictamen del Comité es también limitado, en la medida en que, pese a la generalización de los modelos de “consentimiento o pago”, su análisis en relación con el RGPD se restringe a la actividad de las grandes plataformas en línea, que por su posición en el mercado y la eventual existencia de un desequilibrio de poder plantean cuestiones específicas y están asociadas a singulares riesgos en este ámbito. En general, las conclusiones del Dictamen no son extrapolables con respecto a la actividad de otros prestadores de servicios que no encajan en esa categoría, de modo que su posición en el mercado es muy diferente, lo que condiciona que en su caso pueda no apreciarse una situación de

⁶ EDPB, “Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, versión 1.1, de 13 de mayo de 2020, https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf.

desequilibrio similar a la que es presupuesto del análisis específico del empleo por las grandes plataformas en línea de los modelos de “consentimiento o pago”.