

**LOS NUEVOS COOKIE WALLS: «CONSENT OR PAY»\***  
**A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
de 4 de julio de 2023**

*Carlos Trujillo Cabrera*

Profesor Contratado Doctor  
Universidad de La Laguna

---

TITLE: *The new cookie walls: «consent or pay». Regarding the Judgment of the Court of Justice of the «European Union of July 4, 2023.*

RESUMEN: El tratamiento de datos con una finalidad de publicidad personalizada constituye uno de los mecanismos más utilizados en la actualidad para sufragar el coste de determinados servicios que las redes sociales y los periódicos digitales ofrecen a sus usuarios. A raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 y de la Guía sobre el uso de las cookies de la Agencia Española de Protección de Datos de enero de 2024, algunas redes sociales (las vinculadas con la mercantil Meta) y la práctica totalidad de los periódicos digitales han comenzado a imponer a sus usuarios una modalidad de pago como única alternativa al tratamiento de sus datos con esta finalidad. El presente trabajo se centra en analizar la viabilidad legal de tal medida a la vista de la normativa europea en materia de protección de datos.

ABSTRACT: *The processing of data for the purpose of personalized advertising is one of the most used tools nowadays to cover the cost of certain services that social networks and digital newspapers offer to their users. As a result of the Judgment of the Court of Justice of the European Union of July 4, 2023 and the Guide on the use of cookies of the Spanish Data Protection Agency of January 2024, some social networks (those linked to the company Meta) and almost all digital newspapers have begun to impose a payment method on their users as the only alternative to the processing of their data for this purpose. This paper focuses on analysing the legal feasibility of such a measure in the light of European data protection regulation.*

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, cookies, publicidad comportamental, bases de legitimación, consentimiento, pago

KEY WORDS: *Data protection, cookies, behavioral advertising, lawful basis, consent, payment*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PUBLICIDAD COMPORTAMENTAL EN LÍNEA COMO OPERACIÓN DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES. 3. LA BASE DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN LA PUBLICIDAD COMPORTAMENTAL. 3.1.  *Ejecución de un contrato como base de legitimación.* 3.2.  *El interés legítimo como base de legitimación.* 3.3.  *El consentimiento como base de legitimación.* 3.3.1.  *Consentimiento específico.* 3.3.2.  *Consentimiento inequívoco.* 3.3.3.  *Consentimiento prestado mediante una acción afirmativa.* 3.3.4.  *Consentimiento informado.* 3.3.5.  *Consentimiento libre.* 3.4.  *El consentimiento libre frente a una alternativa de pago.* 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

---

\* El presente trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Universidades y la Unión Europea-Next Generation EU a través del programa de ayudas para la Recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023. El autor quiere igualmente hacer constar su agradecimiento al Departament de Dret Privat de la Universitat de Barcelona.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Meta Platforms, Inc.*, cuyo nombre comercial es *Meta*, conocida anteriormente como *Facebook, Inc.* y *TheFacebook, Inc.*<sup>1</sup>, es un conglomerado tecnológico multinacional estadounidense con sede en Menlo Park, California, propietaria y operadora de *Facebook, Instagram, Threads* y *WhatsApp*, entre otros productos y servicios, que opera, en la Unión Europea, por medio de *Meta Platforms Ireland*.

El modelo económico de la red social en línea Facebook, que se ha configurado desde sus orígenes como una red social gratuita<sup>2</sup>, se basa en la financiación a través de la publicidad en línea, que se hace a medida para cada usuario mediante el análisis y perfilado de sus actitudes de consumo, intereses, poder adquisitivo y situación personal. Ese perfilado se lleva a cabo mediante el tratamiento tanto de datos personales que los usuarios proporcionan directamente al registrarse en la red social, como de datos personales que se recogen, dentro y fuera de esa red social y de los servicios en línea prestados por el grupo *Meta*, mediante la instalación de *cookies* en los dispositivos desde los que tales usuarios acceden a internet. Para llevar a cabo dicho tratamiento, *Meta* ha venido fundamentando su base de legitimación en el contrato de servicios al que se adhieren los usuarios de la red social Facebook al pulsar el botón «registrarse», aceptando las condiciones generales preestablecidas (en las que se produce una remisión tanto a las políticas de datos como a las de *cookies* de *Meta*), requisito *sine qua non* para poder utilizar la red social Facebook.

Con fecha 6 de febrero de 2019, la *Bundeskartellamt* (Autoridad Federal Alemana de Defensa de la Competencia) inició un procedimiento contra *Meta Platforms, Meta Platforms Ireland* y *Facebook Deutschland*, que concluyó con una resolución en la que se prohibía que en las condiciones generales de estas plataformas se supeditara el uso de la red social Facebook por parte de usuarios privados residentes en Alemania al tratamiento, mediante el uso de *cookies*, de sus datos *off Facebook* (esto es, datos acerca de los usuarios relativos a las actividades que estos llevan a cabo tanto dentro

<sup>1</sup> Hasta el 28 de octubre de 2021. Según su fundador, Mark Zuckerberg, el cambio obedeció a un doble motivo. De un lado, para reducir la confusión y la incomodidad por el hecho de que la marca de la empresa fuera también la marca de una de las aplicaciones de dicha empresa. De otro lado, por centrar la marca en la creación e inversión en el metaverso, más que en Facebook. Puede leerse al respecto en HEATH, A., «Mark Zuckerberg on why Facebook is rebranding to Meta», *The Verge*, 2021, disponible en <https://www.theverge.com/22749919/mark-zuckerberg-facebook-meta-company-rebrand> (última consulta: 6 de junio de 2024).

<sup>2</sup> Al menos ese era su lema hasta agosto de 2019, que dejó de ser «Es gratis y siempre lo será» para pasar a ser «Es rápido y fácil».

como fuera de la red social que se relacionan posteriormente con sus cuentas de Facebook), así como que se procediera, sin el consentimiento de tales usuarios, al tratamiento de esos datos sobre la base de las condiciones generales entonces vigentes. Además, la *Bundeskartellamt* obligó a adaptar tales condiciones generales de manera que de ellas se dedujera claramente que dichos datos no se recogerían ni se pondrían en relación con las cuentas de usuarios de Facebook ni se utilizarían sin el consentimiento del usuario afectado, además de indicar que tal consentimiento no podía reputarse válido cuando constituía un requisito para el uso de la red social.

El 11 de febrero de 2019, las entidades afectadas impugnaron la resolución de la *Bundeskartellamt* ante el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania), quien, al albergar dudas acerca de la base de legitimación a aplicar al referido tratamiento, y al ser tales dudas determinantes de cara a la decisión a adoptar en el litigio, suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales (asunto C-252/21).

Con fecha 4 de julio de 2023 se dictó, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia en el asunto en cuestión en la que, entre otras cuestiones, se indicaba lo siguiente:

«Así pues, en el marco del proceso contractual, esos usuarios deben disponer de 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» (FJ 150, el énfasis es propio).

Por su parte, la Guía sobre el uso de las cookies de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>3</sup> (en adelante, AEPD), en su versión de enero de 2024, establece en su apartado 3.2.10 que:

«Podrán existir determinados supuestos en los que la no aceptación de la utilización de cookies impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al usuario y se ofrezca una alternativa, *no*

<sup>3</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía sobre el uso de las cookies*, Madrid, 2024, p. 29, disponible en <https://www.aepd.es/guias/guia-cookies.pdf> (última consulta: 6 de junio de 2024).

*necesariamente gratuita*, de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de cookies» (de nuevo, el énfasis es propio).

Desde principios de 2024, tanto Facebook como un número cada vez mayor de páginas web, especialmente de periódicos online, han ido apoyándose en este criterio para ofrecer a los usuarios la posibilidad de optar entre prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con una finalidad de publicidad comportamental o pagar una determinada cantidad de dinero mensual (sin que ello implique, sin embargo, que se deje de recibir publicidad; simplemente se dejará de recibir publicidad personalizada), conformando lo que se ha venido a denominar como muros de *cookies* o *cookie walls*.

El presente trabajo pretende, por un lado, estudiar cuál es la base de legitimación que puede dar cobertura al tratamiento de datos personales con la finalidad de ofrecer publicidad comportamental o personalizada al titular de tales datos. Y, por otro lado, de determinarse que dicha base de legitimación debe ser el consentimiento, si el establecimiento de una alternativa de pago resulta admisible o contradice alguno de los requisitos que el Reglamento General de Protección de Datos establece para la válida emisión de tal consentimiento<sup>4</sup>.

## 2. LA PUBLICIDAD COMPORTAMENTAL EN LÍNEA COMO OPERACIÓN DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Con carácter general, se puede definir a la publicidad comportamental en línea (*Online Behavioural Advertising* u OBA) como aquella que identifica a los usuarios que navegan por internet y crea gradualmente perfiles sobre ellos para con posterioridad poderles enviar publicidad que se corresponda con sus intereses<sup>5</sup>. De manera más precisa, la publicidad comportamental o personalizada<sup>6</sup> es aquella que observa de forma

<sup>4</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea (GT171)*, Bélgica, 2010, p. 3.

<sup>5</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, D., «Las *cookies* como instrumento para la monitorización del usuario en la red: la publicidad personalizada», *Ciencias económicas*, vol. 29, núm. 2, 2011, p. 178, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/7018> (última consulta: 6 de junio de 2024) ya indicaba que cada vez era más acusado el recurso a técnicas dirigidas a «configurar el perfil personal de los usuarios, para, precisamente, lograr la fidelización de los mismos con respecto a determinadas tiendas virtuales».

<sup>6</sup> Como contraposición a la publicidad contextual (la que se selecciona en atención al contenido que el usuario esté visualizando en el momento en el que se le ofrece la publicidad) y a la publicidad segmentada (la que viene determinada por una serie de características del sujeto que él mismo proporciona al registrarse o inscribirse en la página en cuestión -edad, sexo, ubicación geográfica, etc.-).

continuada el comportamiento de los individuos<sup>7</sup> a través de sus acciones (visitas repetidas a un sitio concreto, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc.) para desarrollar un perfil<sup>8</sup> específico sobre cada uno de ellos<sup>9</sup> y proporcionarles anuncios a la medida de los intereses que se han inferido a partir de su comportamiento<sup>10</sup>.

Como bien explica el Grupo de Trabajo del artículo 29<sup>11</sup> (en adelante, GT29), la producción de anuncios en redes publicitarias depende en gran medida de los proveedores de redes publicitarias<sup>12</sup>, que son los encargados de poner en contacto a los editores online (los propietarios de las páginas web que comercializan espacios para que se inserte publicidad) con los anunciantes<sup>13</sup>, ofreciendo a cada anunciante el

<sup>7</sup> EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA), *Best practice recommendation on online behavioural advertising*, Bélgica, aprobado en 2011 y revisado en 2016 y 2021, p. 10,, disponible en <https://www.easa-alliance.org/wp-content/uploads/2022/04/EASA-Best-Practice-Recommendation-on-OBA-2021.pdf> (última consulta: 6 de junio de 2024), «OBA is a way of making ads more relevant to internet users according to their potential interests. Based upon previous online activity across multiple web domains or mobile apps not under Common Control (see p.12), internet users are served advertising that matches their potential interests. In this way, advertising can be made more relevant and useful. OBA is one of a variety of options that ad tech companies have in order to select the most suitable ads to show internet users. Other options include “contextual” advertising, “run of network” advertising, or other types of advertising. As a result of OBA’s ability to generate more added value for internet users, it is more valuable to advertisers and is regarded as an essential part of the industry toolkit».

<sup>8</sup> De acuerdo con el art. 4.4 RGPD, se entiende por elaboración de perfiles «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física». En relación con este punto, *vid.*, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251rev.01)*, Bélgica, 2018.

<sup>9</sup> CAPODIFERRO CUBERO, D., «La insuficiencia de la regulación europea sobre los límites de la publicidad comercial», *Estudios de Deusto*, 2017, vol. 65, núm. 1, p. 33.

<sup>10</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 5. En esta línea, PÉREZ PÉREZ, R. M., «El “dataísmo” como fundamento de la publicidad digital personalizada», *Ciencia y Sociedad*, 2020, vol. 45, núm. 4, p. 111. Para AVIÑÓ BELENGUER, D., «El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2021, núm. 56, p. 129, «la elaboración de perfiles conlleva crear “nuevos” datos personales que no han sido directamente facilitados por los propios interesados, con el fin de hacer predicciones o deducciones estadísticas sobre su capacidad de realizar una tarea, intereses o comportamiento futuro». Nótese igualmente, con MAROÑO GARGALLO, M. DEL M., «La publicidad comportamental en línea», en GARCÍA VIDAL, A. (dir.), *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 231, que «la elaboración de perfiles conlleva el riesgo de que se pueda encasillar a ese usuario en determinadas preferencias, lo que puede provocar que reciba ofertas solo de cierto tipo de productos o servicios».

<sup>11</sup> *Op. cit., loc. cit.*

<sup>12</sup> PÉREZ BES, F., *La publicidad comportamental en red*, UOC, Barcelona, 2013, p. 16.

<sup>13</sup> RUBÍ NAVARRETE, J., «Publicidad comportamental en internet», *Comunicaciones de Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 65, p. 164.

espacio que mayor impacto posible pueda tener en atención a cada uno de los usuarios<sup>14</sup> que en un momento determinado estén visualizando dicho sitio web<sup>15</sup>. De esta manera, los proveedores de redes publicitarias tienen la capacidad de compartimentar y especializar a la audiencia mediante el uso de tecnologías que permiten rastrear el comportamiento de los usuarios<sup>16</sup>, y cuyo principal exponente viene conformado por las denominadas *cookies*<sup>17</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI)<sup>18</sup>, «los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios [...]», siempre que se reúna una serie de requisitos sobre los que volveré más adelante. Pero esta primera parte del precepto enuncia ya la característica principal de las *cookies*: el

<sup>14</sup> Aunque, como bien indica BARRIOS ANDRÉS, M., «Modelos de negocios basados en datos, publicidad programática, inteligencia artificial y regulación: algunas reflexiones», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, núm. 36, p. 4, disponible en <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n36-barrio-andres> (última consulta: 6 de junio de 2024), en este tipo de publicidad personalizada es posible argumentar que, en realidad, los propios usuarios constituyen el producto, que se ofrece precisamente a los titulares de los dominios web. Esto es, los proveedores de redes publicitarias, más que vender publicidad de un anunciante a usuarios concretos en función de su perfil, lo que hacen es *vender* a estos usuarios, como potenciales clientes, a los anunciantes.

<sup>15</sup> Normalmente, mediante un sistema de apuestas en tiempo real (*real time bidding* o RTB) que permite que mientras se carga un sitio web, su editor lance una oferta sobre un espacio publicitario y miles de anunciantes pujen por ella para poder mostrar anuncios personalizados, en ambos casos mediante el uso de intermediarios que se valen de tecnologías que les permiten realizar un número ilimitado de estas operaciones en espacios de tiempo tremendamente breves (milisegundos). REYES RICO, L., «Uso de la inteligencia artificial para mostrar anuncios ajustados al perfil de los usuarios de internet», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2020, núm. 90, p. 150.

<sup>16</sup> EASA, *op. cit.*, p. 13, «[...] information about viewing behaviour is collected over time and across multiple web domains or mobile apps, rather than from a single website or single mobile app. Typically, the ad tech company collects information on viewing and usage behaviour from websites or mobile apps that it does not own or operate». También, RUBÍ NAVARRETE, J., *op. cit.*, p. 165.

<sup>17</sup> Pero que incluye también otras tecnologías como *local shared object*, *flash cookies*, *web beacons*, *bugs*, etc. *Vid.*, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *op. cit.*, p. 8. En el mismo sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op. cit.*, p. 181. Igualmente, AVIÑO BELENGUER, D., *op. cit.*, p. 132, quien incluye también el *fingerprinting* o huella digital, técnica mucho más intrusiva consistente en obtener la huella digital del dispositivo que permite, entre otras cosas, determinar los movimientos realizados por el usuario con el cursor del ratón o la parte de la página web en la que se ha detenido más tiempo. Sobre el *fingerprinting*, *vid.*, también, ORTIZ LÓPEZ, P., «*Cookies*, *fingerprinting* y la privacidad digital», en LÓPEZ CALVO, J. (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019 (2ª ed.), p. 970.

<sup>18</sup> Que, como es sabido, es transposición casi literal del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, 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).

almacenamiento y la recuperación de datos<sup>19</sup>. En concreto, las *cookies* son pequeños archivos de texto alfanumérico que, bien el equipo gestor de una página web<sup>20</sup>, bien un tercero (el proveedor de publicidad) coloca en el ordenador de un usuario<sup>21</sup> cuando navega por dicha página web<sup>22</sup> para registrar información diversa sobre éste, incluyendo la relativa a sus preferencias<sup>23</sup>, hábitos de navegación o ubicación desde la que se realiza la consulta, y posteriormente recuperarla para nutrir sus bases de datos, personalizar la configuración de las páginas o hacer que un sitio web sea exclusivo para un usuario concreto<sup>24</sup>, ofreciéndole una publicidad que se adecue a sus características propias. En muchas ocasiones, además, este sistema de publicidad personalizada se ve reforzado mediante el uso de mecanismos de inteligencia artificial<sup>25</sup> que utilizan algoritmos para realizar un análisis detallado de los comportamientos de los usuarios que permitan generar modelos predictivos de su actuación<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> Y no comunicaciones comerciales por vía electrónica, como se rubrica el Título de la ley en el que se contiene dicho precepto. En este sentido, *vid.*, LÓPEZ JIMÉNEZ, D., *op. cit.*, p. 183.

<sup>20</sup> FLAQUER RIUTORT, J., «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy)», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2018, núm. 47, p. 50.

<sup>21</sup> Para la LSSI, el usuario es denominado «destinatario del servicio» o «destinatario», y se define en el apartado d) de su Anexo como la «persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información».

<sup>22</sup> Las *cookies* están vinculadas a un determinado dominio web, de tal manera que su contenido sólo puede ser leído y/o modificado por un sitio web que provenga de dicho dominio.

<sup>23</sup> Incluyendo información relativa al dispositivo desde el que se conecta (marca, modelo, sistema operativo y versión del mismo que utiliza, navegador, etc.), que no sólo sirve para optimizar los contenidos y los recursos necesarios para su correcta visualización, sino que también ofrece información sobre las preferencias de navegación o el nivel adquisitivo del usuario.

<sup>24</sup> PALMER, D. E., «Pop-Ups, Cookies, and Spam: Toward a Deeper Analysis of the Ethical Significance of Internet Marketing Practices», *Journal of Business Ethics*, núm. 58, 2005, p. 273.

<sup>25</sup> REYES RICO, L., *op. cit.*, p. 149. También, FASSIAUX, S., «La hipocresía de la protección del consumidor en la era de la publicidad conductual», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 8, 2021, p. 6.

<sup>26</sup> En este sentido, BARRIOS ANDRÉS, M., *op. cit.*, p. 7, indica que «la información [obtenida mediante el análisis de datos por parte de una inteligencia artificial] puede utilizarse para predecir no solo los intereses y las preferencias de los individuos, sino también para encontrar la mejor manera de persuadir a los consumidores individuales, incluso mediante la creación de un perfil de persuasión. A partir de los análisis por medio de big data de los datos personales y no personales, es posible obtener conocimientos sobre cómo es probable que se comporten las personas. Estos resultados proporcionan a los comerciantes información más precisa sobre determinados aspectos de las preferencias o el comportamiento esperado de los individuos. Y estos análisis pueden revelar correlaciones que no es probable que se descubran por medio de la mera lógica. Las causas reales no son necesariamente importantes, siempre que las correlaciones en términos probabilísticos proporcionen suficiente información para influir en los individuos». *Vid.*, también, MAROÑO GARGALLO, M. DEL M., *op. cit.*, *loc. cit.*

Por tanto, las *cookies* llevan a cabo una labor de minería de datos<sup>27</sup> del equipo del usuario, algunos de carácter técnico pero en su mayor parte susceptibles de ser considerados como datos de carácter personal<sup>28</sup>, entendidos estos, en los términos del artículo 4.1 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 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante, RGPD), como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”)». A estos efectos, se considerará persona física identificable a «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador» como, por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (art. 4.1 RGPD).

De acuerdo con sus artículos 1.1 y 2.1, el RGPD establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, y se aplica por tanto a todo «tratamiento» que de tales datos se haga, ya sea forma total o parcialmente automatizada, ya lo sea de forma no automatizada, en este último caso siempre que tales datos formen parte de o se vayan a incorporar a un fichero. Para el RGPD (art. 4.2), tratamiento es cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como, por ejemplo, la recogida, estructuración, conservación, consulta o utilización, entre muchas otras operaciones, de tales datos. En esta línea de pensamiento, es clara la posición al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al indicar en su sentencia de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*):

«[...] en el supuesto de que un usuario de una red social en línea consulte sitios de Internet o aplicaciones en relación con una o con varias de las categorías contempladas en dicha disposición y, en su caso, introduzca datos en ellos registrándose o efectuando pedidos en línea, el tratamiento de datos personales por parte del operador de esa red

<sup>27</sup> PALMER, D. E., *op. cit.*, p. 275, afirma que «cookies, web bugs, and other data-mining technologies allow companies to gather information on consumers and track consumer behavior in order to market products to consumers in highly targeted manners».

<sup>28</sup> Especialmente si se tiene en cuenta que el Reglamento (UE) 2018/1807, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea define en su artículo 3.1 a estos «datos» a secas como «los datos que no sean datos personales tal como se definen en el artículo 4, punto 1, del Reglamento (UE) 2016/679», esto es, el RGPD.

social en línea, consistente en la recogida, mediante interfaces integradas, cookies o tecnologías de almacenamiento similares, de los datos resultantes de la consulta de esos sitios y aplicaciones, así como de los datos introducidos por el usuario, en la puesta en relación del conjunto de esos datos con la cuenta de la red social de este y en la utilización de dichos datos por el operador, debe considerarse como un “tratamiento de categorías especiales de datos personales” [...]» (FJ 73).

### 3. LA BASE DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS EN LA PUBLICIDAD COMPORTAMENTAL

Es evidente, por tanto, que las operaciones que llevan a cabo las *cookies* son operaciones de tratamiento de datos de carácter personal y, por ende, están sometidas al régimen jurídico que establece el RGPD, lo que implica que tales tratamientos deben respetar los principios de limitación de la finalidad y minimización de datos<sup>29</sup>, y realizarse de manera «lícita, leal y transparente» (art. 5.1.a) RGPD), licitud que pasa necesariamente porque el tratamiento cumpla alguna de las condiciones que recoge el artículo 6 RGPD. Estas condiciones, habitualmente referidas como bases de legitimación del tratamiento, operan como verdaderos presupuestos habilitadores de la recogida y tratamiento de datos personales, por lo que la determinación de la base correcta para cada tratamiento constituye un *prius* esencial<sup>30</sup>. Descartadas las bases de legitimación contenidas en los apartados c) (obligación legal), d) (protección de intereses vitales) y e) (misión realizada en interés público o ejercicio de poderes públicos), del artículo 6.1 RGPD, por ser evidente que no tienen relación con el

<sup>29</sup> Como bien indica el COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 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*, Lisboa, 2019, p. 7, «tanto el principio de limitación de la finalidad como el principio de minimización de datos son especialmente relevantes en los contratos de servicios en línea, que normalmente no se negocian de manera individualizada. Los avances tecnológicos permiten a los responsables del tratamiento recoger y tratar de una manera sencilla más datos personales que nunca. Como resultado, existe un elevado riesgo de que los responsables del tratamiento intenten incluir unas cláusulas generales de tratamiento en los contratos con la intención de maximizar la posible recogida y los posibles usos de los datos, sin especificar de manera precisa dicha finalidad ni respetar la obligación de minimización de los datos».

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2021 (caso C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*), FJ 99: «Por lo que respecta a los principios relativos a la licitud del tratamiento, el artículo 6 del RGPD prevé una lista exhaustiva y taxativa de los casos en los que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito. Así pues, para poder ser considerado legítimo, el tratamiento de datos personales debe estar comprendido en uno de los seis casos contemplados en dicho artículo 6». En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2019 (caso C-708/18, *Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*), FJ 37 y 38: «El artículo 7 de la Directiva 95/46 prevé una lista exhaustiva y taxativa de los casos en los que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito [...]. De ello se deduce que, para poder ser considerado legítimo, el tratamiento de datos personales debe estar comprendido en uno de los seis casos contemplados en el artículo 7 de la Directiva 95/46».

supuesto del presente trabajo, son tres las posibilidades a las que se puede acudir en materia de publicidad comportamental.

De todas las bases de legitimación contempladas en el RGPD, el consentimiento constituye sin duda alguna la principal<sup>31</sup>. De ahí que, a falta de tal consentimiento, o cuando este no se haya prestado con los requisitos que prevé el artículo 4.11 RGPD, el tratamiento únicamente estaría justificado si se cumpliera alguna de las bases de legitimación referidas en el citado artículo 6.1, párrafo primero, letras b) a f) RGPD. No obstante, y como bien recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>32</sup>, en este contexto, y en la medida en que permiten que un tratamiento de datos personales realizado sin el consentimiento del interesado sea lícito, deben ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>33</sup>. El problema del consentimiento, como se verá más adelante, es que su válida prestación requiere la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que se incluye la libertad en la prestación y la posibilidad de revocarlo en cualquier momento, que no interesa al modelo de negocio propio de las redes sociales (más preocupadas por maximizar sus beneficios que por respetar los derechos fundamentales de sus usuarios), por lo que han acudido a bases de legitimación alternativas en las que sustentar el tratamiento.

### 3.1. La ejecución de un contrato como base de legitimación

El artículo 6.1.b) RGPD establece que será lícito el tratamiento si «es 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». La cuestión clave para determinar la posibilidad o no de que el tratamiento de datos con fines de publicidad comportamental realizado por medio de *cookies* pueda llevarse a cabo sobre esta base de legitimación radica, por tanto, en que sea objetivamente necesario, y no meramente útil, para la ejecución del contrato o para la aplicación, a petición del interesado, de medidas precontractuales. En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, CEPD), ha indicado que la necesidad de un tratamiento es un requisito

<sup>31</sup> Sin que ello implique una primacía sobre el resto de bases de legitimación. *Vid.*, en este sentido, PUENTE ESCOBAR, A., «Principios y licitud del tratamiento», en RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 124.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 93.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (caso C-175/20, *Valsts ierņēmumu dienests*, FJ 73: «A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, las excepciones y restricciones al principio de protección de dichos datos deben establecerse sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario».

previo<sup>34</sup> al tratamiento en sí, y que constituye un concepto con un significado independiente en el Derecho de la Unión, en la medida en que debe reflejar los objetivos del derecho en materia de protección de datos<sup>35</sup>.

Con ello, si existen otras alternativas realistas y menos intrusivas, el tratamiento no puede considerarse necesario. Se trata, por tanto, de una necesidad objetiva, en la medida en que únicamente concurrirá cuando el objeto principal de un contrato en concreto a celebrar con un usuario en concreto no pueda alcanzarse sin ese tratamiento concreto de datos. Esto es, si el contrato puede ejecutarse sin el tratamiento en cuestión, dicho tratamiento no es necesario, con independencia de que el responsable del tratamiento pueda considerarlo así.

Esta idea ya había sido apuntada igualmente por el GT29<sup>36</sup>, al indicar:

«[el carácter necesario] no comprende situaciones en las que el tratamiento no sea realmente necesario para la ejecución de un contrato, sino unilateralmente impuesto al interesado por parte del responsable del tratamiento. Además, el hecho de que el tratamiento de algunos datos esté cubierto por un contrato no quiere decir automáticamente que el tratamiento sea necesario para su ejecución. Por ejemplo, el artículo 7, letra b) [de la Directiva 95/46/CE], no es un fundamento jurídico apropiado para elaborar un perfil de los gustos y las opciones de estilo de vida del usuario, basado en su recorrido por un sitio web y en los artículos adquiridos. Ello se debe a que el responsable del tratamiento de los datos no ha sido contratado para elaborar perfiles, sino para entregar bienes y ofrecer servicios concretos, por ejemplo. Incluso si estas actividades de tratamiento se mencionan de manera específica en la letra pequeña del contrato, este hecho por sí solo no las convierte en «necesarias» para la ejecución del contrato».

<sup>34</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 (...), op. cit.*, p. 9. *Vid.*, también, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE (WP217)*, Lisboa, 2014, p. 13.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2008 (caso C-524/06, *Heinz Huber v Bundesrepublik Deutschland*), FJ 52: «Por consiguiente, habida cuenta del objetivo consistente en equiparar el nivel de protección en todos los Estados miembros, el concepto de necesidad, tal como resulta del artículo 7, letra e), de la Directiva 95/46 –cuyo objeto es delimitar con precisión uno de los supuestos en los que resulta lícito el tratamiento de datos personales–, no puede tener un contenido variable en función de los Estados miembros. Por lo tanto, se trata de un concepto autónomo del Derecho comunitario que debe recibir una interpretación idónea para responder plenamente al objeto de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, de la misma». En cualquier caso, no es posible obviar que este requisito de la necesidad del tratamiento debe relacionarse con el principio de minimización de los datos que contiene el artículo 5.1.c) RGPD, a cuyo tenor los datos personales deben ser «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados».

<sup>36</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...), op. cit.*, p. 20.

Precisamente por ello, el CEPD<sup>37</sup> recuerda que cuando el contrato incluya varios servicios o elementos de un servicio independientes que puedan ejecutarse razonablemente de manera independiente entre sí, la posibilidad de acudir a la base de legitimación del artículo 6.1.b) RGPD debe evaluarse por separado para cada uno de dichos servicios, examinando qué es necesario desde un punto de vista objetivo para ejecutar cada uno de los servicios que el interesado haya solicitado o a los que se haya suscrito. Al llevar a cabo esta evaluación independiente para cada servicio, es posible que determinadas actividades de tratamiento no ostenten la condición de necesarias para los distintos servicios individuales solicitados por el interesado<sup>38</sup>, sino que lo son, más bien, para el modelo de negocio completo del responsable del tratamiento<sup>39</sup>. En tal caso, el artículo 6.1.b) RGPD no puede operar como base de legitimación de tales tratamientos<sup>40</sup>.

El CEPD se pronunció expresamente sobre esta base de legitimación en relación con el tratamiento de datos para la publicidad comportamental en línea, indicando que, con carácter general, el tratamiento de datos personales con fines de publicidad del comportamiento no puede considerarse necesario para la ejecución de un contrato de servicios en línea, en la medida en que resulta difícil demostrar que el contrato no pueda ejecutarse debido a la ausencia de anuncios publicitarios personalizados<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 (...), op. cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Esto es, muchas veces el seguimiento y la elaboración de perfiles de los usuarios se pueden llevar a cabo con el objetivo de identificar grupos de personas con características similares a fin de dirigir la publicidad a audiencias similares, sin que pueda considerarse que el seguimiento y la comparación de las características y las conductas de los usuarios para fines relacionados con la publicidad dirigida a otras personas sean necesarios desde el punto de vista objetivo para la ejecución del contrato del que es parte el usuario. *Vid.* COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 (...), op. cit.*, p. 16.

<sup>39</sup> En contra PUENTE ESCOBAR, A., *op. cit.*, p. 134, para quien una interpretación literal del término llevaría a concluir que únicamente pueden ampararse en esta base de legitimación los datos respecto de los que se aprecie la concurrencia del principio de necesidad en relación con la ejecución de dicho contrato. Esta interpretación «supondría que el tratamiento debería limitarse estrictamente a aquellos datos imprescindibles para el cumplimiento de la prestación principal en que consiste el contrato, lo que excluiría el tratamiento de aquellos otros que, vinculados con el propio contrato, no serían completamente imprescindibles, al poderse optar o no por su tratamiento». Por ello, considera (p. 135) que, si el tratamiento es necesario en el ámbito de los derechos y obligaciones contenidos en el contrato, debe entenderse que tal tratamiento es necesario para conseguir el fin del contrato, por lo que quedaría amparado por esta causa de legitimación.

<sup>40</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...), op. cit.*, p. 21, recuerda también que esta base de legitimación se aplica a aquello que es necesario para la ejecución de un contrato, pero no al resto de acciones desencadenadas por el incumplimiento o por los demás incidentes que se produzcan en la ejecución de tal contrato.

<sup>41</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 (...), op. cit., loc. cit.* Respalda esta postura el hecho de que tanto el considerando 70 como el artículo 21 RGPD conceda a los interesados un derecho absoluto de oposición al tratamiento de sus datos con fines de mercadotecnia directa. *Vid.*, también,

En el caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*, ya comentado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizó esta posibilidad para dar respuesta a una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf), en concreto, si una empresa como *Meta Platforms Ireland*, que explota una red social digital financiada con publicidad y en cuyas condiciones de servicio ofrece, entre otros, la personalización de los contenidos y la publicidad, puede invocar la justificación de la necesidad para la ejecución de un contrato en virtud del artículo 6.1.b) RGPD cuando a tal fin recoge datos procedentes de otros servicios del grupo y de páginas web y aplicaciones de terceros, por medio de interfaces insertadas en ellas o mediante *cookies* o tecnologías de almacenamiento similares instaladas en el ordenador o dispositivo móvil del usuario de Internet, y los combina con la cuenta de *Facebook.com* del usuario para ofrecerle publicidad personalizada. El Tribunal indicó a este respecto:

«Por lo que respecta, en primer término, a la justificación basada en la personalización de los contenidos, ha de señalarse que, si bien es cierto que tal personalización es útil para el usuario, en tanto en cuanto le permite, en particular, visualizar un contenido que responde en gran medida a sus intereses, no lo es menos, sin perjuicio de la comprobación que haya de efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que la personalización de los contenidos no resulta necesaria para ofrecer a dicho usuario los servicios de la red social en línea. Estos servicios pueden prestársele, 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>42</sup>.

Por tanto, en la medida en que el servicio que la red social ofrece se puede prestar sin que sea necesaria dicha personalización (por ejemplo, mediante el ofrecimiento de publicidad no personalizada), el tratamiento pretendido no puede tener como base de legitimación la necesidad para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte que se contiene en el artículo 6.1.b) RGPD<sup>43</sup>. Es más, para el CEPD esta posibilidad

---

GARCÍA PÉREZ, R. M., «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p. 891, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5228> (última consulta: 6 de junio de 2024); y FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, J., y FERNÁNDEZ-LONGORIA, P., «El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos», en RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 176.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 102.

<sup>43</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Decisión vinculante 3/2022 relativa al conflicto presentado por la Autoridad de Control irlandesa frente a Meta Platforms Ireland Limited y su servicio de Facebook (art. 65 RGPD)*, Bélgica, 2022, FJ 130: «The EDPB agrees with the AT, DE, FR, IT, NL, NO, PL, PT, and SE SAs that there is a risk that the Draft Decision's failure to establish Meta IE's infringement of Article 6(1)(b) GDPR, pursuant to the IE SA's interpretation of it, nullifies this provision and makes lawful theoretically any

ni siquiera existe en aquellos casos en que este tipo de publicidad personalizada financia de manera indirecta la prestación del servicio, al considerar que, aunque este tipo de tratamiento puede respaldar la prestación del servicio, no por ello resulta necesario para ejecutar el contrato<sup>44</sup> en cuestión<sup>45</sup>. Es evidente, sin embargo, que la respuesta sería diferente si el servicio prestado por la red social y solicitado por el consumidor consistiera precisamente en el ofrecimiento de publicidad

---

collection and reuse of personal data in connection with the performance of a contract with a data subject. Meta IE currently leaves the Complainant and other users of the Facebook service with a single choice. They may either contract away their right to freely determine the processing of their personal data and submit to its processing for the obscure and intrusive purpose of behavioural advertising, which they can neither expect, nor fully understand based on the insufficient information Meta IE provides to them. Or, they may decline accepting the Facebook Terms of Service and thus be excluded from a service that enables them to communicate with millions of users and for which there are currently few realistic alternatives. This exclusion would thus also adversely affect their freedom of expression and information». En el mismo sentido, COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Decisión vinculante 4/2022 relativa al conflicto presentado por la Autoridad de Control irlandesa frente a Meta Platforms Ireland Limited y su servicio de Instagram (art. 65 RGPD)*, Bélgica, 2022, FJ 134.

<sup>44</sup> Si bien con carácter general no parece existir duda respecto del carácter contractual de la relación existente entre una red social y un usuario de la misma (vid., en este sentido, MATO PACÍN, M. N., «Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales», en ALONSO PÉREZ, M. T., y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 87 y ss., y bibliografía allí relacionada), existen algunas opiniones doctrinales que se separan de esta consideración. Así, QUARTA, A., «Some light remarks on the legal qualification of websites' Terms of Use», en BARGELLI E., y CALDERAI V., *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 195, considera que la calificación contractual de estos ToU «was a precise strategy implemented by corporations to ensure protections to the contents of websites, otherwise not admitted by law». En este sentido, *op. cit.*, p. 197, indica que «the lack of originality entailed the lack of copyright protection for the website contents and their open reproduction. To avoid this legal effect and to keep the exclusive right to reproduce and make copies, website managers prohibit reproduction by exploiting the binding effects of a contract, so they came up with terms of use. In fact, these texts include an essential regulation core, consisting of rules that forbid extraction, copy and reproduction of the data contained in the website. However, in that phase of Internet development, website users - either professionals or consumers- could not be distinguished and for this reason these prohibitions were included in a general standard contract aimed at all of them». Por ello, concluye, cuando una página web es de acceso libre y, por tanto, tiene su contenido públicamente visible, dicho contenido no puede ser el objeto del contrato, pues sería equivalente a que una persona que mira el escaparate de una tienda quedara vinculada contractualmente con el propietario de dicha tienda. Contrario también a la consideración de los ToU o ToS como contrato, JACEK PALKA, P., «Terms of Service are not contracts - beyond contract law in the regulation of online platforms», en GRUNDMANN, S.; COLLINS, H.; GÓMEZ, F.; RUTGERS, J.; y SIRENA, P. (edits.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 143, considera que «online platforms should be viewed as proprietary spaces and that their terms of service should be treated as an exercise of a property right on them, rather than contracts». Para él, si bien es necesario que existan determinadas cláusulas contractuales dentro de los ToU o los ToS, ello no los convierte en contratos *per se* (p. 148). Por eso, finaliza (p. 150), «in the case of Google, Facebook, YouTube and Twitter consumers do not conclude a contract. Platform owners specifically state that they make no promises and come under no obligation as regards the particular functionalities, or even very existence, of their platforms. And the truth is that they modify their services constantly, which any user of any of these platforms knows more than well. Such a practice is not unfair or unlawful, as long as there is no contract and the legal relationship is simply about allowing others to use one's property».

<sup>45</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 (...)*, *op. cit.*, p. 17.

comportamental<sup>46</sup> (aunque, en ese caso, probablemente su contraparte no fuera una red social sino directamente un proveedor de publicidad en red). En tal caso, la base de legitimación del artículo 6.1.b) RGPD sí sería aplicable, al constituir dicha publicidad personalizada el objeto principal del contrato<sup>47</sup>.

### 3.2. El interés legítimo como base de legitimación

El artículo 6.1.f) RGPD dispone que el tratamiento será lícito cuando sea necesario<sup>48</sup> para satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, especialmente cuando el interesado sea un niño. Tres son, en este sentido, los requisitos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera deben concurrir acumulativamente para poder apreciar esta base de legitimación: que el responsable del tratamiento o el tercero persigan un interés legítimo, que el tratamiento de los datos personales sea necesario para la satisfacción de ese interés legítimo, y que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado en la protección de los datos<sup>49</sup>. Por ello, y a diferencia de lo que sucede con el resto de bases de legitimación que contempla el RGPD, el interés legítimo no constituye un supuesto de legitimidad apriorística, sino que es necesario un examen específico caso por caso<sup>50</sup> que implica la realización de una prueba de sopesamiento<sup>51</sup> entre los

<sup>46</sup> En el mismo sentido, MAROÑO GARGALLO, M. DEL M.; *op. cit.*, p. 220.

<sup>47</sup> APARICIO SALOM, J., y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la agencia española de protección de datos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 11, p. 234.

<sup>48</sup> Por tanto, son reproducibles aquí las consideraciones antes hechas respecto de la necesidad objetiva del tratamiento en sede del artículo 6.1.b) RGPD. Así, el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...)*, *op. cit.*, p. 34, afirma que «es especialmente pertinente en el caso de la letra f) con el fin de garantizar que el tratamiento de los datos basado en el interés legítimo no dé lugar a una interpretación indebidamente amplia de la necesidad de tratar los datos. Como en otros casos esto significa que deberá considerarse si se dispone de otros medios menos invasivos para servir al mismo fin».

<sup>49</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de mayo de 2017 (caso C-13/16, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde v Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme»*), FJ 28; de 17 de junio de 2021 [caso C-579/19, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited v Telenet BVBA*], FJ 106; y de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 106. También, *vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (casos C-468/10 y C-469/10, *ASNEF y FECEMD v Administración del Estado de España*), FJ 38, aunque en ese caso habla únicamente de dos requisitos: «[...] por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado».

<sup>50</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (casos C-468/10 y C-469/10, *ASNEF y FECEMD v Administración del Estado de España*), FJ 40; 19 de octubre de 2016 (caso C-582/14, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*), FJ 62; 4 de mayo de 2017 (caso C-13/16, *Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde v Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme»*) FJ

intereses alegados por el responsable y los derechos fundamentales de los interesados, de manera que en aquellos supuestos en que la balanza se decante por este lado el tratamiento no será lícito<sup>52</sup>. Ello implica, igualmente, la imposibilidad de configurar el interés legítimo como una base de legitimación que opere como una suerte de cláusula de cierre, a la que se puede acudir cuando el tratamiento no tiene encaje en otra base de las contenidas en el artículo 6.1.a) a e) RGPD.

Desde esta perspectiva, y en relación con la publicidad comportamental, el GT29 distinguía entre el interés legítimo que un responsable pudiera tener en conocer las preferencias de sus clientes para personalizar mejor sus ofertas y ofrecerle productos y servicios que respondieran mejor a sus necesidades y deseos; y el recurrir al interés legítimo como base de legitimación que justificara supervisar de manera indebida las actividades en línea y fuera de línea de sus clientes, combinar enormes cantidades de datos sobre ellos, provenientes de diferentes fuentes, que fueran inicialmente recopilados en otros contextos y con fines diferentes, y crear —y, por ejemplo, con la intermediación de corredores de datos, también comerciar con ellos— perfiles complejos de las personalidades y preferencias de tales clientes sin su conocimiento, sin un mecanismo viable de oposición, y sin un consentimiento informado previo. En este supuesto de perfilado, se produce una intrusión importante en la privacidad del cliente que justifica que sus intereses y derechos prevalezcan sobre el interés del responsable del tratamiento<sup>53</sup>. Por ello, el GT29 ha indicado en varias ocasiones que resultaría difícil para los responsables del tratamiento justificar la utilización de intereses legítimos como base jurídica para prácticas intrusivas de elaboración de perfiles y seguimiento con fines de mercadotecnia o publicidad, citando como ejemplo aquellas que suponen el seguimiento de personas en distintos sitios web, ubicaciones, dispositivos, servicios o mediación de datos<sup>54</sup>.

---

31; 17 de junio de 2021 [caso C-579/19, *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited v Telenet BVBA*], FJ 111; y 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 110.

<sup>51</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...)*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>52</sup> Para un análisis detallado de esta prueba, *vid.*, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...)*, *op. cit.*, pp. 36 y ss. Debe tenerse en cuenta que, con carácter general, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de septiembre de 2019 [caso C-136/17, *GC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*], considera (FJ 53) que los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (entre los que se encuentra el derecho fundamental a la protección de datos de las personas) prevalecen sobre el interés económico del responsable del tratamiento.

<sup>53</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...)*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>54</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales (...)* *op. cit.*, p. 16; GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 (...)*, *op. cit.*, p. 55. En este sentido se ha pronunciado también el COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales*, Bélgica, 2021, p. 20.

La ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*, también tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la viabilidad del interés legítimo como base de legitimación de la publicidad personalizada<sup>55</sup>. En el procedimiento, *Meta* alegó los siguientes intereses legítimos como justificantes del recurso al artículo 6.1.f) RGPD para el tratamiento de los datos personales recopilados dentro y fuera de Facebook con fines de publicidad comportamental: la personalización de la publicidad, la seguridad de la red, la mejora del producto, la información a las autoridades competentes para el ejercicio de acciones penales y para la ejecución de penas, el hecho de que el usuario sea un menor de edad, la investigación y la innovación con fines sociales y la oferta, destinada a los anunciantes y a otros socios profesionales, de servicios de comunicación comercial con el usuario y de herramientas de análisis que les permitan evaluar su rendimiento. Por lo que respecta, en concreto, a la personalización de la publicidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce, de conformidad con el considerando 47 RGPD, que el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo del responsable del tratamiento. Ahora bien, tal tratamiento tiene además que ser necesario para la satisfacción de ese interés, sin que los intereses o las libertades y los derechos fundamentales del interesado puedan prevalecer. En esta ponderación de los derechos e intereses en conflicto de que se trata es preciso tener en cuenta las expectativas razonables del interesado, así como el alcance del tratamiento en cuestión y su impacto sobre ese interesado. En este

<sup>55</sup> Con posterioridad, el COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS ha vuelto a referirse a la cuestión en relación con la publicidad comportamental de Facebook y de *Meta*. En este sentido, con fecha 27 de octubre de 2023 (aunque el texto se hizo público a principios del mes de diciembre), emitió su *Decisión Vinculante Urgente 1/2023, solicitada por la Autoridad de Control noruega para imponer medidas definitivas en relación con Meta Platforms Ireland Ltd.*, sobre la base del art. 66.2 RGPD. En dicho documento, el CEPD concluye que no se cumple ni el requisito de la necesidad del tratamiento ni el de la prevalencia del interés legítimo alegado por *Meta* frente a los intereses y derechos fundamentales de los titulares de los datos que la jurisprudencia del TJUE exige para poder usar el interés legítimo como base de legitimación. A raíz del análisis llevado a cabo en la referida Decisión, el CEPD considera que *Meta* infringe de manera sistemática tanto el artículo 6.1.b) RGPD como el artículo 6.1.f) RGPD al usar ambas bases de legitimación como fundamento del tratamiento de datos realizado con una finalidad de publicidad comportamental. A lo anterior se une la gravedad (p. 46: «‘constantly, intrusively and opaquely monitored and profiled by Meta’ which ‘may give rise to the feeling that their private life is being continuously surveilled’»), alcance (p. 46: «affect over 250 million average monthly active users in the EU») y duración (p. 49: «behavioural advertising processing has been ongoing for many years») del tratamiento, que expone a los titulares de datos al riesgo de un daño serio e irreparable (p. 53) lo que justifica la intervención del CEPD, prohibiendo a *Meta*, en todo el Espacio Económico Europeo, el tratamiento de datos personales que hayan sido recabados para publicidad comportamental al amparo de las bases de legitimación de los artículos 6.1.b) y 6.1.f) RGPD (p. 75).

sentido, considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>56</sup> que, pese a la gratuidad de los servicios de una red social en línea como Facebook, el usuario no debería esperar razonablemente<sup>57</sup> que, sin su consentimiento, el operador de esa red social trate sus datos personales con fines de personalización de la publicidad, lo que determina que sus intereses y derechos fundamentales prevalezcan sobre el interés de dicho operador en tal personalización de la publicidad, incluso si lo hace para financiar su actividad, de modo que el tratamiento efectuado por este para tales fines no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 6.1.f) RGPD<sup>58</sup>.

Resulta en este punto interesante también destacar que de conformidad con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), en la que se indica que en el Título IV se recogen disposiciones aplicables a tratamientos concretos, entre las que se incorporan supuestos respecto de los que el legislador establece una presunción *iuris tantum* de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos, lo que no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo. Entre estos supuestos no se incluye referencia alguna al tratamiento con fines

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 112 a 117.

<sup>57</sup> Especialmente si se trata de un niño, a quienes *ex* considerando 38 RGPD debe aplicarse «una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño [...]».

<sup>58</sup> A ello se añade que de conformidad con el considerando 68 RGP, «debe alentarse a los responsables a crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de datos. Dicho derecho debe aplicarse cuando el interesado haya facilitado los datos personales dando su consentimiento o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato. No debe aplicarse cuando el tratamiento tiene una base jurídica distinta del consentimiento o el contrato». De esta forma, recurrir al interés legítimo implicaría además limitar los derechos que el propio RGPD reconoce a los titulares de los datos, impidiéndoles hacer uso del derecho a la portabilidad de los datos. A mi juicio, ello debe conducir a una interpretación restrictiva de esta base de legitimación que impida su apreciación cuando no concurren claramente los requisitos referidos. Esta parece ser también la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien, en su recentísima sentencia de 7 de diciembre de 2023 (caso C-634/21, *OV v Land Hessen*), FJ 70, recuerda que «por lo que respecta más concretamente al artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD, los Estados miembros no pueden, en virtud del artículo 22, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento, apartarse de las exigencias que resultan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de diciembre de 2023, *SCHUFA Holding (Exoneración del pasivo insatisfecho)* (C-26/22 y C-64/22, EU:C:2023:957), en particular, estableciendo con carácter definitivo el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto».

de publicidad personalizada, pero sí que se hace referencia (art. 23) al tratamiento de datos personales que tenga por objeto «evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas», supuesto en el que, de acuerdo con la antedicha exposición de motivos, «la licitud del tratamiento proviene de la existencia de un interés público» ex artículo 6.1.e) RGPD. Parece, por tanto, contradictorio, que se pueda amparar en el interés legítimo un tratamiento opuesto a otro que se ampara en la existencia de un interés público, máxime cuando la excepción a la vinculación de los sistemas de exclusión publicitaria únicamente opera cuando «el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla» (art. 23.4, *in fine*, LOPDGDD).

### 3.3. El consentimiento como base de legitimación

Indicaba al principio de este trabajo que el artículo 22.2 LSSI permitía el uso de «dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios», siempre que se reunieran una serie de requisitos. Esos requisitos son los que el prestador del servicio informe de forma clara y completa sobre las *cookies* y que el usuario preste válidamente su consentimiento<sup>59</sup>.

El apartado 11 del artículo 4 RGPD define el consentimiento del interesado como una «manifestación de voluntad» que debe reunir una serie de requisitos para que pueda considerarse que ha sido válidamente emitida: que sea específica, inequívoca, informada, libre y que se realice mediante una declaración o una clara acción afirmativa. De todos ellos, el relativo a la libertad en la prestación del consentimiento se antoja, junto al de información, el más importante en materia de publicidad

<sup>59</sup> Con las excepciones referidas en el art. 5.3 de la citada Directiva 2009/136/CE, transpuestas en España en el art. 22.2, párrafo 3º, LSSI, a cuyo tenor «[la obtención del consentimiento] no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario». Para el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies (WP194)*, Bélgica, 2012, pp. 7 y ss., se incluyen entre estas *cookies* exentas la de entrada del usuario, la de autenticación, las de seguridad del usuario, las de sesión de reproductor multimedia, las de sesión para equilibrar la carga, las de personalización de la interfaz del usuario y las de *plug-ins* para intercambiar contenidos sociales; considera expresamente que en ningún caso están exentas de previo consentimiento las *cookies* de *plug-ins* de contenidos sociales para el seguimiento, las de publicidad de terceros y las de análisis propios.

comportamental<sup>60</sup>. No obstante, antes de pasar a su análisis detallado conviene dar unas pinceladas del resto de requisitos.

### 3.3.1. Consentimiento específico

Que el consentimiento que se preste sea un consentimiento específico implica que no será válido si se presta con carácter general, sin que se determine la concreta finalidad para la que serán tratados los datos que se pretende recoger. Así lo manifiesta el propio artículo 6.1.a) RGPD cuando otorga al consentimiento carácter de base legitimadora del tratamiento si se ha otorgado «para uno o varios fines específicos», lo que se conoce como la granularidad del consentimiento. En este sentido, el artículo 7.2 RGPD afirma que, si el consentimiento se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud debe presentarse de manera que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible<sup>61</sup> y de fácil acceso mediante el uso de un lenguaje claro y sencillo. Igualmente, añade que «no será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente reglamento».

Para el GT29, «un fin vago o general, como, por ejemplo, “mejorar la experiencia del usuario”, “fines de mercadotecnia”, “fines de seguridad informática” o “investigaciones futuras” –sin más detalles– normalmente no cumple el criterio de ser “específico”»<sup>62</sup>. Con ello, el consentimiento enlaza con el principio de limitación de la finalidad que se contiene en el artículo 5.1.b RGPD), pues los datos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Si bien hay autores que cuestionan la eficacia del consentimiento para legitimar un tratamiento de datos por medio de *cookies*. *Vid.*, en este sentido, LYNKEY, O., *The foundations of EU data protection law*, Oxford University Press, 2015, p. 188; KOSTA, E., *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pág. 322.

<sup>61</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento (WP187)*, Bélgica, 2011, p. 19, considera necesario referir claramente qué datos van a ser objeto de tratamiento, cuál va a ser la operación de tratamiento que se va a llevar a cabo y cuál es la finalidad -determinada, explícita y legítima-, para la que se pretende realizar esa operación con esos datos.

<sup>62</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 3/2013 sobre la limitación de la finalidad (WP203)*, Bélgica, 2013, p. 16.

<sup>63</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (WP259rev.01)*, Bélgica, 2018, p. 13.

### 3.3.2. Consentimiento inequívoco

Por su parte, el consentimiento se presta de manera inequívoca cuando no existe margen de duda ni respecto de la voluntad del titular de prestar efectivamente su consentimiento ni respecto de que el consentimiento efectivamente se ha producido, elementos estos cuya prueba corresponde al responsable del tratamiento ex artículo 7.1 RGPD. El considerando 42 RGPD dispone en esta línea que, en particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. Por ello, y de acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas.

### 3.3.3. Consentimiento prestado mediante una acción afirmativa

Directamente relacionado con el carácter inequívoco del consentimiento, el considerando 32 RGPD dispone que el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro, como una declaración por escrito (por medios electrónicos o no) o una declaración verbal; lo que podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales (como podría ser pulsar un icono de la página web o aplicación, o la remisión de un email manifestando su conformidad con dicho tratamiento)<sup>64</sup>. Sin embargo, el silencio, las casillas ya marcadas<sup>65</sup> o la inacción<sup>66</sup> no pueden constituir consentimiento<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 de orientación en la obtención del consentimiento para cookies (WP208)*, Bélgica, 2013, p. 4: «active behaviour means an action the user may take, typically one that is based on a traceable user-client request towards the website, such as clicking on a link, image or other content on the entry webpage, etc. The form of these types of user requests are such that the website operator can be confident that the user has actively requested to engage with the website and (assuming the user is fully informed) does therefore indeed consent to cookies and that the action is an active indicator of such consent».

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de octubre de 2019 (caso C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV v Planet49 GmbH*), FJ 63: «de ello se sigue que el consentimiento al que se hace referencia en los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, en relación con los artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679, no se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del

### 3.3.4. Consentimiento informado

Junto a los tres elementos anteriores, el RGPD exige también que el consentimiento sea un consentimiento informado. El propio Reglamento regula, en sus artículos 13 y 14, determinada información que, en todo caso, debe ser facilitada al interesado cuando se recojan sus datos personales (en función de que se hayan obtenido o no tales datos del propio interesado). De esta manera, el consentimiento será informado cuando el titular de los datos sea consciente y entienda los hechos y las implicaciones que se derivan de su prestación, idea que entronca con el principio de transparencia, regulado en el artículo 5.1.a) RGPD como un principio vertebrador del tratamiento. Esta información, por supuesto, tiene que ser previa al tratamiento de los datos<sup>68</sup>, y debe darse en un lenguaje claro, sencillo y conciso (considerando 32 RGPD). Por lo que respecta a las *cookies*, se debe prever un aviso claro, completo y visible sobre su uso en el momento y lugar en que se solicita el consentimiento<sup>69</sup>. Al acceder a un sitio web, los usuarios deben poder acceder a toda la información necesaria sobre los distintos tipos o finalidades de las *cookies* que se utilizan (finalidad o finalidades de las *cookies* y, si procede, una indicación de las posibles *cookies* de terceros o del acceso de terceros a los datos recogidos por las *cookies* en el sitio web, así como la fecha límite de vida de

---

usuario de un sitio de Internet se autoriza mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento».

<sup>66</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 (...)*, *op. cit.*, p. 5, «absence of any behaviour cannot be regarded as valid consent. If the user enters the website where he/she has been shown information on the use of cookies, and does not initiate an active behaviour, such as described above, but rather just stays on the entry page without any further active behaviour, it is difficult to argue that consent has been given unambiguously. The user action must be such that, taken in conjunction with the provided information on the use of cookies, it can reasonably be interpreted as indication of his/her wishes».

<sup>67</sup> Respecto de la validez del consentimiento tácito como interpretación de los actos concluyentes e inequívocos de la persona (que no como deducción del consentimiento del silencio), a pesar de la afirmación realizada por la exposición de motivos de la LOPDGDD de que la nueva regulación excluye «lo que se conocía como consentimiento tácito», *vid.*, VILASAU SOLANA, M., «El consentimiento general y de menores», en RALLO LOMBARTE, A. (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 230.

<sup>68</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 (...)*, *op. cit.*, p. 4: «therefore to achieve compliance across all EU Member States consent should be sought before cookies are set or read. As a result, a website should deliver a consent solution in which no cookies are set to user's device (other than those that may not require user's consent) before that user has signalled their wishes regarding such cookies».

<sup>69</sup> RUBÍ NAVARRETE, J., *op. cit.*, p. 167 recuerda que para el GT29 «la alternativa para obtener un consentimiento válido debe partir de una información clara, completa y visible para el usuario a cuyo efecto debe pedirse a los usuarios "que entren en un asistente de privacidad la primera vez que instalen o actualicen el buscador y proporcionarles un método fácil de ejercer su opción durante la utilización del producto", ofreciendo una configuración de "no aceptación y no transmisión de cookies de tercero". Y, sobre esta base, que el usuario desarrolle una conducta activa para aceptar la configuración del navegador».

las *cookies*, entre otros), además de la información relativa a cómo aceptar todas, algunas o ninguna *cookie* y cómo cambiar esta preferencia en el futuro<sup>70</sup>.

### 3.3.5. Consentimiento libre

Finalmente, el consentimiento sólo podrá considerarse válidamente emitido cuando el titular de los datos pueda, de manera efectiva, ejercer una opción, sin que exista riesgo de error, dolo, violencia o intimidación, y sin que la negativa a prestar dicho consentimiento pueda conllevar la producción de consecuencias negativas de entidad; es decir, si las consecuencias derivadas de prestar o no el consentimiento quebrantan la libertad individual de elegir, no puede considerarse que el consentimiento haya sido libremente prestado. En este sentido, se podrá considerar libremente emitido el consentimiento cuando quien lo preste no esté sometido a ningún tipo de presión externa o interna, sea ésta social, económica, psicológica o de cualquier otra índole. Por ello, para que el consentimiento pueda operar como presupuesto habilitador es necesario estar ante supuestos en los que el titular de los datos tenga verdadera libertad de elegir pues, *ex* considerando 42 RGD «el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado [...] no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno». De ahí que de acuerdo con el considerando 43 RGD se presuma «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», así como «cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento».

Consecuencia de lo anterior, el artículo 7.4 RGD recuerda que al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, debe tenerse en cuenta si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se ha supeditado al consentimiento al tratamiento de datos personales que no sean necesarios para la ejecución de dicho contrato. Además, el considerando 43 RGD también indica que para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, no puede operar en los casos en 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». Ahora bien, los desequilibrios de poder no se limitan a las autoridades públicas y a los empleadores, sino que también pueden producirse en otras situaciones.

<sup>70</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 (...)*, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una de estas situaciones puede ser la ocupación de una posición dominante en el mercado. Así, en la sentencia del caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*, el Tribunal consideró que si bien el hecho de que el operador de una red social en línea, como responsable del tratamiento, ocupe una posición dominante en el mercado de las redes sociales no impide, como tal, que los usuarios de esa red social puedan válidamente prestar su consentimiento al tratamiento efectuado por dicho operador, esa circunstancia debe tenerse en cuenta en la apreciación del carácter válido y, en particular, libre del consentimiento dado por el usuario de dicha red, ya que puede afectar a su libertad de elección —pues podría no estar en condiciones de denegar o retirar su consentimiento sin sufrir un perjuicio, como indica el considerando 42 del RGPD<sup>71</sup>—. Además, la existencia de esa posición dominante puede crear un desequilibrio manifiesto, en el sentido del considerando 43 RGPD, entre el interesado y el responsable del tratamiento, que puede favorecer la imposición de condiciones que no son estrictamente necesarias para la ejecución del contrato, en los términos del arriba citado artículo 7.4 RGPD. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que el interesado debe disponer de 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 obligado 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>72</sup>.

Es en este último matiz, el de la alternativa remunerada, en el que se han apoyado, tanto *Meta* como prácticamente la totalidad de medios de comunicación digitales de nuestro país, para ofrecer a los interesados en acceder a sus servicios una doble posibilidad: o bien se consiente al tratamiento de datos con finalidad de publicidad comportamental o bien se procede a un pago (cuya cantidad y periodicidad varía de medio a medio) que, en cualquier caso, ni equivale a contratar una suscripción premium con dicho medio ni implica la desaparición de la publicidad (que se seguirá ofreciendo, pero no será personalizada). La pregunta que cabe hacerse es: ¿existe verdadera libertad al prestar el consentimiento para el tratamiento de datos con una

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FFJJ 147 y 148.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 150.

finalidad de ofrecer publicidad comportamental cuando la alternativa conlleva el pago de una determinada cantidad de dinero?<sup>73</sup>

### 3.4.- El consentimiento libre frente a una alternativa de pago

Como ha subrayado el GT29<sup>74</sup> en diversos dictámenes, el consentimiento solo puede ser válido si el interesado puede realmente elegir y no existe riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas importantes en caso de no prestar su

<sup>73</sup> Todo ello, por supuesto, sin negar que los datos personales pueden constituir la contraprestación en el marco de una relación contractual, de tal manera que es posible pagar mediante el consentimiento al tratamiento de datos personales para una determinada finalidad, entre ellas la publicidad personalizada. A pesar de las expectativas iniciales del RGPD (considerando 43, *in fine*), que parecía negar a los datos personales su carácter patrimonial, y de las reticencias del CEPD al uso de términos como el de contraprestación para referirse a los datos personales cuando se utilizan para pagar por un bien o servicio digital (COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Dictamen 4/2017 sobre la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a contratos de suministro de contenidos digitales*, Bélgica, 2017, p. 9), lo cierto es que tal posibilidad es real y está jurídicamente admitida (así, el art. 3.1, párrafo 2º, de la 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. *Vid.*, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 92 y 124. Respecto del contrato de suministro de bienes y servicios digitales a cambio de datos personales puede verse, entre muchos otros, CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret*, 2016, núm. 3, p. 21, disponible en <https://indret.com/el-regimen-de-la-falta-de-conformidad-en-el-contrato-de-suministro-de-contenidos-digitales-segun-la-propuesta-de-directiva-de-9-12-2015/> (última consulta: 6 de junio de 2024); CÁMARA LAPUENTE, S., «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. Á. (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO, F.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; ARANGUREN URRIZA, F. J.; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 19 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9881, p. 13; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I.: «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4, pp. 108 y ss.; ESPÍN ALBA, I., «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y “prosumidores” en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 6, pp. 18 y ss.; MARTÍNEZ CALVO, J., «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *Indret*, 2021, núm. 4, pp. 100 y ss., disponible en <https://indret.com/los-datos-personales-como-posible-contraprestacion-en-los-contratos-de-suministro-de-contenidos-y-servicios-digitales/> (última consulta: 6 de junio de 2024); SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 11 y ss.; y SÁNCHEZ LERÍA, R., «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Indret*, 2021, núm. 4, pp. 45 y ss, disponible en <https://indret.com/mercado-digital-y-proteccion-del-consumidor-a-proposito-de-la-directiva-770-2019-y-su-transposicion-al-ordenamiento-juridico-espanol/> (última consulta: 6 de junio de 2024).

<sup>74</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el consentimiento (...)*, *op. cit.*, p. 8.

consentimiento. De esta manera, el consentimiento no será libre en aquellos casos en los que exista un elemento de compulsión, presión o incapacidad para ejercer la libre voluntad, quedando por tanto invalidado por cualquier influencia o presión inadecuada ejercida sobre el interesado (que puede manifestarse de formas muy distintas) que impida que este ejerza su libre voluntad<sup>75</sup>.

Entre las consecuencias negativas importantes a las que se refiere el GT29, se cita como ejemplo la existencia de «costes adicionales sustanciales». A ello se une la afirmación, a mi juicio, *obiter dicta*, que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la tan citada sentencia del caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*, respecto de la posibilidad de negarse a la prestación del consentimiento cuando se ofrezcan alternativas adecuadas que, en su caso, pueden ser a cambio de una remuneración adecuada. Y también la afirmación mantenida por la AEPD<sup>76</sup> de que podrán existir determinados supuestos en los que la no aceptación de la utilización de *cookies* impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al usuario y se ofrezca una alternativa, no necesariamente gratuita, de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de *cookies*. De la lectura conjunta de estas tres referencias parece posible deducir que ofrecer una alternativa de pago como mecanismo que garantice que el consentimiento prestado por el titular de los datos sirva como base de legitimación al tratamiento de datos con fines de publicidad comportamental es posible siempre que dicha alternativa no implique un coste sustancial. Entiendo, sin embargo, que esta conclusión no es posible por varios motivos.

En primer lugar, por una cuestión terminológica. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la AEPD indican que es posible que existan supuestos en los que el ofrecimiento de una alternativa de pago pueda entenderse como una opción válida, pero no indican ni que esto sea posible en todo caso (se habla de «operaciones particulares de tratamiento de datos» o de «ciertos supuestos»), ni plantean, siquiera a

<sup>75</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el consentimiento (...)*, *op. cit.*, p. 6, utiliza el siguiente ejemplo ilustrativo: «una aplicación de móvil para edición de fotografías pide a sus usuarios que tengan activada su localización GPS para el uso de sus servicios. La aplicación indica también a sus usuarios que utilizará los datos recogidos para fines de publicidad comportamental. Ni la geolocalización ni la publicidad comportamental son necesarias para la prestación del servicio de edición de fotografías y van más allá de lo necesario para prestar el servicio básico ofrecido. Dado que los usuarios no pueden utilizar la aplicación sin dar su consentimiento a estos fines, no puede considerarse que el consentimiento se haya dado libremente».

<sup>76</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *op. cit.*, p. 29.

modo de ejemplo, casos en lo que esta posibilidad sea admisible. Es más, el GT29<sup>77</sup> ya indicó en su momento que:

*«For the processing of the personal data that goes together with the reading and setting of tracking cookies the data controller needs to obtain the unambiguous consent of the user. A decision regarding a breach of the mentioned principle would be made on a case by case (sic) basis by the national authority competent to oversee the relevant provision of the data protection legislation».*

Por tanto, la admisión de esta medida requeriría, como mínimo, un análisis individualizado para cada caso, y no desde luego una aceptación general.

En segundo lugar, por una cuestión de fondo: resulta realmente cuestionable la posibilidad de afirmar que hay libertad en la prestación del consentimiento cuando la alternativa consiste en pagar una determinada cantidad de dinero. En este sentido, la doctrina ha acuñado el concepto *efecto del coste cero* para hacer referencia a las decisiones económicas irracionales que toman los consumidores cuando se les ofrece un producto sin una contraprestación monetaria<sup>78</sup>. Desde el punto de vista del consumidor, existe una diferencia importante entre un producto barato y un producto gratuito<sup>79</sup>, con independencia de cuál sea el precio del producto barato, hasta el punto de llegar a elegir la opción gratuita<sup>80</sup>, a pesar de que la alternativa pudiera satisfacer mejor sus preferencias, por considerar que el coste cero no sólo implica una reducción en el coste sino también un incremento en el valor del producto<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 de orientación (...)*, op. cit., p. 6.

<sup>78</sup> TAMAYO VELASCO, J., «Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada», *Revista de Estudios Europeos*, 2021, núm. 78, p. 186, disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48583/2021-78-183-202.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última consulta: 6 de junio de 2024).

<sup>79</sup> ANDERSON, C., «Free! Why \$0.00 Is the Future of Business», *Wired*, marzo, 2008, indica que «give a product away and it can go viral. Charge a single cent for it and you're in an entirely different business, one of clawing and scratching for every customer. The psychology of "free" is powerful indeed, as any marketer will tell you. This difference between cheap and free is what venture capitalist Josh Kopelman calls the "penny gap." People think demand is elastic and that volume falls in a straight line as price rises, but the truth is that zero is one market and any other price is another. In many cases, that's the difference between a great market and none at all». Puede consultarse el texto íntegro en <https://www.wired.com/2008/02/ff-free/> (última consulta: 6 de junio de 2024). Nótese que esta idea está presente en el día a día: 19,99€, 29,99€ o 24,99€ son precios mucho más habituales de ver que 20€, 30€ o 25€.

<sup>80</sup> Si bien, en estos casos, puede considerarse con RUBÍ NAVARRETE, J., op. cit., p. 162, «que el coste de los servicios gratuitos en Internet es la privacidad de los usuarios».

<sup>81</sup> GAL, M., y RUBINFELD, D. L., «The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement», *Antitrust Law Journal*, 2016, vol. 80, núm. 401, p. 528; y SHAMPANIER, K.; MAZAR, N.; y ARILEY, D., «Zero as a Special Price: The True Value of Free Products», *Marketing Science*, 2007, vol. 26, núm. 6, p. 743.

En el caso de las redes sociales como Meta, además, se produce un efecto *lock-in* que fuerza al usuario a permanecer en el servicio ofrecido por la plataforma en contra de sus preferencias, dado su carácter dominante en el mercado<sup>82</sup>. Esta posición dominante, *a fortiori*, podría permitir incluso cuestionar con carácter general la validez de cualquier consentimiento prestado. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 24 de febrero de 2020<sup>83</sup> cuando afirmó que «el uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación online, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente» el tratamiento de sus datos (en el caso, la imagen, pero aplicable a cualquier otro). Por ello, entiende el Tribunal que los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje que al usuario medio le cuesta comprender por lo que, aunque estén disponibles en la página web en cuestión, «no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización».

En este sentido se ha manifestado también el CEPD en su Dictamen 8/2004 sobre el consentimiento válido en el contexto de los modelos de «consiente o paga» implementado por las grandes plataformas en línea<sup>84</sup>. Así, considera que el ofrecimiento (exclusivamente) de una alternativa de pago a un servicio que incluya el tratamiento con fines de publicidad comportamental no puede ser la solución a la que por defecto acudan los responsables del tratamiento, que deberían considerar la posibilidad de ofrecer a los titulares de los datos una alternativa equivalente que no implique ningún tipo de pago, por ejemplo, mediante el uso de una versión del servicio que utilice otro tipo de publicidad en la que se utilicen menos datos personales (o,

<sup>82</sup> TAMAYO VELASCO, J., *op. cit.*, p. 201.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero (RTC 2020\27), FJ 4.

<sup>84</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, Bélgica, 2024. A los efectos de dicho dictamen, considera el CEPD que la determinación de si se está o no en presencia de una de tales plataformas requiere tener en cuenta, con carácter no exhaustivo, una serie de aspectos, como la cantidad de usuarios con los que cuenta, su posición en el mercado o si realiza o no tratamientos de datos a gran escala (en atención al número de personas afectadas, el volumen de los datos y el ámbito geográfico al que se extiende el tratamiento), así como la medida en que el usuario depende del servicio que se le presta (por ejemplo, para poder buscar trabajo, acceder a información esencial para su vida diaria o participar en discusiones públicas). Nótese que esta última idea también podría ser predicable de aquellos supuestos en los que el servicio en cuestión se preste por un medio de comunicación, en la medida en que podría suponer una limitación al derecho fundamental a la información del art. 20.1.d) CE.

incluso, ningún dato personal)<sup>85</sup>. En estos casos, entiende el CEPD que se incrementa la libertad de elección del titular de los datos, se hace más fácil que los responsables del tratamiento puedan demostrar que el consentimiento ha sido prestado de forma verdaderamente libre, y se eliminan, reducen o, al menos, mitigan, esas consecuencias negativas importantes (de detrimento habla el CEPD<sup>86</sup>) que se generarían al titular de los datos al tener que elegir entre pagar una cantidad de dinero por acceder al servicio o no poder hacer uso de éste<sup>87</sup>. Consecuencias negativas estas que, recuerda, estarán más presentes en aquellos supuestos en los que puedan producirse los efectos *lock-in* y *network*<sup>88</sup>, y serán más importantes en aquellas plataformas que no hayan implementado los modelos de «consiente o paga» desde un primer momento, sino que hayan decidido introducirlo en un momento posterior<sup>89</sup>. En cualquier caso, recuerda, los datos personales no deben ser considerados como un bien comerciable, y si bien en ciertas circunstancias podría admitirse la existencia de un pago, es necesario realizar un análisis caso por caso para evitar que el derecho fundamental a la protección de datos se convierta en una característica cuyo disfrute por los titulares de los datos dependa de un pago o que quede reservada a las personas con más recursos económicos<sup>90</sup>. Y para ello, además, se deberá tener especialmente en cuenta el importe de esta cantidad, para asegurar que ni se impida a los titulares de los datos prestar el consentimiento ni se les haga sentir obligados a prestarlo<sup>91</sup>.

A lo anterior se debe añadir que en los casos en que tanto Meta como, especialmente, los medios de comunicación han optado por ofrecer una alternativa al consentimiento basada en el pago de una determinada cantidad, la configuración de ese consentimiento no sólo se ha hecho incorrectamente desde una perspectiva del requisito de la libertad, sino también desde los requisitos de la información y de la especificidad.

<sup>85</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>86</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 22, considera como tal la imposibilidad de acceder a un servicio que forma parte de la vida diaria de las personas y que desempeña en ellas un papel importante, tanto cuando se trata de servicios relativos a las relaciones sociales de las personas como, especialmente, aquellos otros que puedan estar relacionados con plataformas profesionales o de oportunidades laborales.

<sup>87</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>88</sup> Concepto que hace referencia a las dificultades que puede experimentar una persona para convencer a sus círculos sociales, profesionales o políticos de moverse de un servicio a otro que no trate los datos personales de sus usuarios con una finalidad de publicidad comportamental. *Vid.*, COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>89</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>90</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>91</sup> ALIAGA MARTÍNEZ, L., «La saga de las cookies continúa: una comparativa entre la aproximación de la Unión Europea y el Reino Unido», *La Ley privacidad*, núm. 19, 2024, p. 3, recuerda que «no se puede “empujar” al afectado para que consienta, por ejemplo, condicionándolo».

En efecto, cuando se accede a uno de estos sitios webs y se recibe el mensaje relativo a las *cookies*, se informa al usuario de que puede optar por aceptar y continuar (consintiendo la instalación de las referidas *cookies*) o por rechazar y suscribirse (procediendo entonces al abono de las cantidades que en cada caso se hayan fijado, cantidades estas que, además, no siempre están indicadas en el aviso, siendo necesario acceder primero a la página de suscripción para poder ver la cantidad que se pretende cobrar; en estos casos, la afección al requisito de la libertad parece aún mayor, pues la alternativa ahora está entre aceptar las *cookies* o acceder a una web para conocer el importe a pagar y rellenar los datos necesarios para la suscripción). Sólo si el usuario pulsa en las opciones de obtener más información (que normalmente se encuentran al final del *pop-up* informativo) podrá tener acceso a los datos de los terceros cuyas *cookies* se van a instalar en su dispositivo, terceros estos cuya cantidad se cuenta por centenares (y que en la mayoría de los periódicos consultados ronda entre los 800 y los 900). Resulta cuestionable el poder afirmar que en estos casos el titular de los datos está consintiendo de manera informada al tratamiento que de sus datos se va a hacer, toda vez que debe consultar la finalidad para la que tales datos pretenden ser tratados por todos y cada uno de los casi 900 terceros que van a proceder a instalar *cookies* o dispositivos de rastreo semejantes en su dispositivo<sup>92</sup>.

Además, se indica al usuario que tanto el periódico en cuestión como sus socios van a realizar una serie de tratamientos de datos, a saber, y entre otros, el almacenamiento y acceso a información de geolocalización con propósitos de publicidad dirigida, el almacenamiento y acceso a información de geolocalización para realizar estudios de mercado, el almacenamiento de la información en un dispositivo y/o acceder a ella, el análisis activo de las características del dispositivo para su identificación, el análisis de su idoneidad para ofrecerle soluciones basadas en su red de telecomunicaciones, la compartición de los análisis de navegación y grupos de interés con terceros (que no se indican, y por tanto se desconoce si son los mismos 900 a los que ya se está autorizando la instalación de *cookies* u otros —presumiblemente, otros, pues el consentimiento se presta para que este tratamiento lo hagan tanto el periódico como los 900 socios—), la comprensión del público a través de estadísticas o a través de la combinación de datos procedentes de diferentes fuentes, la creación de perfiles para publicidad personalizada, la creación de un perfil para personalizar el contenido, el

<sup>92</sup> En el caso de Facebook, esa cantidad puede aumentar hasta los 48.000. *Vid.*, en este sentido, MARTI, D.; LIN, F.; SCHWARTZ, M.; y FAHS, G., *Who Shares Your Information With Facebook? Sampling the Surveillance Economy in 2023*, Consumer Reports, 2024, p. 14. Puede consultarse el texto íntegro del informe en [https://innovation.consumerreports.org/wp-content/uploads/2024/01/CR\\_Who-Shares-Your-Information-With-Facebook.pdf](https://innovation.consumerreports.org/wp-content/uploads/2024/01/CR_Who-Shares-Your-Information-With-Facebook.pdf) (última consulta: 6 de junio de 2024).

desarrollo y mejora de los servicios, el enriquecimiento del perfil con información de terceros, la medición del rendimiento de la publicidad, la medición del rendimiento del contenido, el uso de datos limitados con el objetivo de seleccionar el contenido, el uso de datos limitados para seleccionar anuncios básicos, el uso de perfiles para la selección de contenido personalizado, la utilización de datos de localización geográfica precisa, o la utilización de perfiles para seleccionar la publicidad personalizada. Sin embargo, y para sorpresa de nadie, no se ofrece al usuario la posibilidad de aceptar alguno o algunos de estos tratamientos y rechazar otros (la granularidad del consentimiento a la que me referí más arriba<sup>93</sup>): la aceptación (o rechazo) debe hacerse en bloque, lo que contraviene directamente las exigencias establecidas por el RGPD. Esta granularidad se ve también vulnerada en la medida en que el tratamiento por los terceros debe ser igualmente aceptado en bloque; desde el momento en que el usuario rechaza la instalación de *cookies* por parte de uno de los 900 terceros, se entiende que rechaza el tratamiento de todos y sólo puede optar por la alternativa de pago<sup>94</sup>.

Igualmente, merece la pena mencionar que, en materia de revocación del consentimiento, los *pop-up* informativos de los medios de comunicación indican que «puedes retirar tu consentimiento u oponerte al procesamiento de datos según el interés legítimo en cualquier momento» bien en la configuración de la cuenta, bien en

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*), FJ 151: «además, habida cuenta del alcance del tratamiento de los datos en cuestión y del gran impacto de este en los usuarios de esa red, así como de la circunstancia de que esos usuarios no pueden esperar razonablemente que datos distintos de los relativos a su comportamiento dentro de la red social sean tratados por el operador de esta, es adecuado, en el sentido de dicho considerando 43, que pueda darse un consentimiento separado para el tratamiento, por un lado, de estos últimos datos y, por otro, de los datos off Facebook. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la existencia de tal posibilidad, en ausencia de la cual debe presumirse que el consentimiento de esos usuarios al tratamiento de los datos off Facebook no se ha dado libremente». Siendo así en el caso de Facebook, resulta evidente que tal exigencia de granularidad debe producirse también en el caso de los periódicos digitales (y, en general, en cualquier supuesto en que se pretenda recabar datos para más de una finalidad o tratamiento diferente). En este sentido, el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el consentimiento (...), op. cit.*, p. 11, ha indicado que «si el responsable del tratamiento ha combinado varios fines para el tratamiento y no ha intentado obtener el consentimiento para cada fin por separado, no puede considerarse que haya libertad. Esta disociación está estrechamente relacionada con la necesidad de que el consentimiento sea específico, tal y como se ha argumentado anteriormente, en la sección 3.2. Cuando 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>94</sup> En el caso concreto de los medios de comunicación, a todo lo anterior debe añadirse que la aceptación de estas *cookies* y el sometimiento del usuario a la publicidad personalizada únicamente permite acceder a la versión básica de la web: esto es, en la mayor parte de los casos sólo se podrá leer el titular y los primeros párrafos de la gran mayoría de las noticias, siendo necesario adquirir una suscripción premium para poder acceder a la totalidad del texto. De esta manera, se tendrían que realizar hasta dos pagos diferentes y, a pesar de ello, se seguiría recibiendo publicidad no personalizada.

la política de *cookies* de la página web, lo que carece por completo de sentido: el consentimiento y el interés legítimo, como ya se ha indicado, constituyen dos bases de legitimación diferentes y excluyentes, de tal manera que no es posible retirar el consentimiento a un tratamiento realizado sobre la base de un interés legítimo, pues para dicho tratamiento no habrá sido necesario (ni posible) recabar consentimiento alguno.

#### 4. CONCLUSIONES

El recurso a la publicidad digital por parte de las redes sociales y los medios de comunicación como forma de financiar un servicio que se presta a los usuarios de manera *gratuita* constituye sin ningún género de duda un modelo empresarial legítimo. Ningún reproche puede hacerse en la medida en que el coste que normalmente debería asumir el usuario se cubre de una parte con la contratación de espacios en la página web para que los terceros interesados puedan proyectar sus anuncios y de otra con el análisis que el titular de la web pueda hacer de los datos que obtiene como consecuencia de la navegación (espacios más visitados, partes de la web en la que el usuario se detiene más tiempo, etc.), que le pueden permitir mejorar el servicio prestado (ganando con ello más usuarios y, por tanto, más destinatarios de la publicidad) y optimizar los espacios de publicidad ofertados (sabiendo en qué partes de la web el anuncio tendrá mayor alcance y visibilidad), lo que a su vez puede implicar un aumento de las ganancias (de tal manera que no sólo se cubra el coste del servicio sino que se obtengan beneficios). Incluso es posible segmentar parcialmente la publicidad ofrecida valiéndose de los datos que el propio usuario comparta en el momento de registrarse (como pudiera ser su sexo o edad), lo que coadyuva a esa optimización de los espacios publicitarios y al aumento de las ganancias derivadas.

Ahora bien, dicho modelo debe tener un límite. Cuando el emplazamiento de la publicidad pasa por realizar un análisis exhaustivo previo de todos los accesos del usuario a una multiplicidad de páginas web diferentes, diseccionando cada una de sus interacciones, perfilando su comportamiento e infiriendo del conjunto de datos así obtenidos nuevos datos que el propio usuario ni siquiera había tenido la intención de compartir, debe trazarse una línea. En esos casos, la voluntad y autodeterminación del sujeto afectado deben ocupar un lugar nuclear, de suerte que ese examen concienzudo solo pueda llevarse a cabo cuando el usuario, siendo plenamente consciente de lo que ello supone y de sus consecuencias, acceda voluntaria y libremente a que se produzca ese tratamiento, y así lo manifieste de manera clara e indubitada.

Pero ese consentimiento no puede considerarse válidamente emitido cuando al usuario solo se le dan dos opciones, a saber, o aceptar el tratamiento de sus datos con una finalidad de publicidad personalizada (*consent*), o abonar una cantidad de dinero (*pay*). En esos casos existe una apariencia de alternativa que, en la práctica, no es real. Pudiera argumentarse que, sin esa publicidad personalizada, los prestadores de esos servicios web no pueden asumir el coste de ofrecer el servicio de manera gratuita, pero en esos casos lo que procede no es dar por buena una práctica que vulnera de manera sistemática los derechos fundamentales de los usuarios. Quizás lo que corresponde es buscar otras formas de financiación u ofrecer alternativas de pago que ofrezcan a los usuarios interesados ventajas o funcionalidades que no estén disponibles en la versión gratuita, de manera que puedan optar por una versión sin coste (relativo, pues el prestador de servicio siempre podrá tratar los datos para finalidades analíticas en los términos antes referidos) con menos prestaciones o una versión de pago más completa. E incluso, una tercera opción, intermedia, con algunas prestaciones adicionales, pero no todas, para aquellos usuarios que, voluntaria y libremente, presten su consentimiento al tratamiento de sus datos con una finalidad de publicidad personalizada.

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sentencia del caso C-252/21, *Facebook v Bundeskartellamt*, como, en nuestro país, la AEPD, con la recentísima Guía sobre el uso de las *cookies*, han entreabierto una rendija por la que empiezan a producirse actuaciones ciertamente cuestionables que ponen en riesgo el derecho de las personas a preservar su privacidad y su autonomía. Sin embargo, el Dictamen 8/2024 del CEPD parece poner cierto coto a este tipo de actuaciones, al menos en lo que respecta a las grandes plataformas en línea. Esperemos que pronunciamientos futuros en esta línea eviten también que esas prácticas se sigan produciendo por parte de entidades de menor tamaño.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía sobre el uso de las cookies*, Madrid, 2024.
- ALIAGA MARTÍNEZ, L., «La saga de las cookies continúa: una comparativa entre la aproximación de la Unión Europea y el Reino Unido», *La Ley privacidad*, 2024, núm. 19, pp. 1-17.
- ANDERSON, Chris, «Free! Why \$0.00 Is the Future of Business», *Wired*, marzo, 2008.
- APARICIO SALOM, Javier, y SANFULGENCIO TOMÉ, Sergio, «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la agencia española de protección de datos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, núm. 11, pp. 217-235.

AVIÑÓ BELENGUER, David, «El uso de cookies de publicidad comportamental desde la óptica de la protección de datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2021, núm. 56, pp. 127-167.

BARRIOS ANDRÉS, Moisés, «Modelos de negocios basados en datos, publicidad programática, inteligencia artificial y regulación: algunas reflexiones», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2022, núm. 36, pp. 1-13.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret*, 2016, núm. 3, pp. 1-92.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. Á. (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO, F.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; ARANGUREN URRIZA, F. J.; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales, Aranzadi, Navarra*, 2018, pp. 19-55.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, 2021, núm. 9881, pp. 1-33.

CAPODIFERRO CUBERO, Daniel, «La insuficiencia de la regulación europea sobre los límites de la publicidad comercial», *Estudios de Deusto*, 2017, vol. 65, núm. 1, pp. 15-43.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Dictamen 4/2017 sobre la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a contratos de suministro de contenidos digitales*, Bélgica, 2017.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 2/2019 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*, Lisboa, 2019.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales*, Bélgica, 2021.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Decisión vinculante 3/2022 relativa al conflicto presentado por la Autoridad de Control irlandesa frente a Meta Platforms Ireland Limited y su servicio de Facebook (art. 65 RGPD)*, Bélgica, 2022.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Decisión vinculante 4/2022 relativa al conflicto presentado por la Autoridad de Control irlandesa frente a Meta Platforms Ireland Limited y su servicio de Instagram (art. 65 RGPD)*, Bélgica, 2022.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Decisión Vinculante Urgente 1/2023, solicitada por la Autoridad de Control noruega para imponer medidas definitivas en relación con Meta Platforms Ireland Ltd. (art. 66.2 RGPD)*, Bélgica, 2023.

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Opinion 8/2004 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, Bélgica, 2024.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 4, pp. 93-120.

EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE (EASA), *Best practice recommendation on online behavioural advertising*, Bélgica, aprobado en 2011 y revisado en 2016 y 2021.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y “prosumidores” en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, 2020, núm. 6, pp. 3-38.

FASSIAUX, Sébastien, «La hipocresía de la protección del consumidor en la era de la publicidad conductual», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 8, 2021, pp. 1-36.

FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier, y FERNÁNDEZ-LONGORIA, Paloma, «El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 169-196.

FLAQUER RIUTORT, Juan, «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy)», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2018, núm. 47, pp. 49-82.

GAL, Michal, y RUBINFELD, Daniel L., «The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement», *Antitrust Law Journal*, 2016, vol. 80, núm. 401, pp. 521-562.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 875-907.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea (GT171)*, Bélgica, 2010.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento (WP187)*, Bélgica, 2011.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies (WP194)*, Bélgica, 2012.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Documento de trabajo 02/2013 de orientación en la obtención del consentimiento para cookies (WP208)*, Bélgica, 2013

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 3/2013 sobre la limitación de la finalidad (WP203)*, Bélgica, 2013.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE (WP217)*, Bélgica, 2014.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251rev.01)*, Bélgica, 2018.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 (WP259rev.01)*, Bélgica, 2018.

JACEK PALKA, Przemyslaw, «Terms of Service are not contracts -beyond contract law in the regulation of online platforms», en GRUNDMANN, Stefan; COLLINS, Hugh; GÓMEZ, Fernando; RUTGERS, Jacobein; y SIRENA, Pietro (edits.), *European Contract Law in the Digital Age*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 135-161.

KOSTA, Eleni, *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David, «Las cookies como instrumento para la monitorización del usuario en la red: la publicidad personalizada», *Ciencias económicas*, vol. 29, núm. 2, 2011, pp. 175-190.

LYNSKEY, Orla, *The foundations of EU data protection law*, Oxford University Press, 2015.

MAROÑO GARGALLO, María del Mar; «La publicidad comportamental en línea», en GARCÍA VIDAL, Ángel (dir.), *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 197-253.

MARTI, Don; LIN, Fengyang; SCHWARTZ, Matt; y FAHS, Ginny, *Who Shares Your Information With Facebook? Sampling the Surveillance Economy in 2023*, Consumer Reports, 2024.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», *InDret*, 2021, núm. 4, pp. 88-135.

MATO PACÍN, María Natalia, «Los contratos de redes sociales como contratos mediante condiciones generales», en ALONSO PÉREZ, María Teresa y HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 87-115.

ORTIZ LÓPEZ, Paula, «Cookies, fingerprinting y la privacidad digital», en LÓPEZ CALVO, José (coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019 (2ª ed.), pp. 961-972.

PALMER, Daniel E., «Pop-Ups, Cookies, and Spam: Toward a Deeper Analysis of the Ethical Significance of Internet Marketing Practices», *Journal of Business Ethics*, núm. 58, 2005, pp. 271-280.

PÉREZ BES, Francisco, *La publicidad comportamental en red*, UOC, Barcelona, 2013.

PÉREZ PÉREZ, Rita María, «El “dataísmo” como fundamento de la publicidad digital personalizada», *Ciencia y Sociedad*, 2020, vol. 45, núm. 4, pp. 107-118.

PUENTE ESCOBAR, Agustín, «Principios y licitud del tratamiento», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115-168.

QUARTA, Alessandra, «Some light remarks on the legal qualification of websites' Terms of Use», en BARGELLI E., y CALDERAI V., *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, pp. 195-204.

REYES RICO, Laia, «Uso de la inteligencia artificial para mostrar anuncios ajustados al perfil de los usuarios de internet», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2020, núm. 90, pp. 147-161.

RUBÍ NAVARRETE, Jesús, «Publicidad comportamental en internet», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2012, núm. 65, pp. 159-174.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, núm. 45, pp. 1-28.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 2021, núm. 4, pp. 33-87.

SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; y ARILEY, Dan, «Zero as a Special Price: The True Value of Free Products», *Marketing Science*, 2007, vol. 26, núm. 6, pp. 742-757.

TAMAYO VELASCO, Jimena, «Big data, competencia y protección de datos: el rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada», *Revista de Estudios Europeos*, 2021, núm. 78, pp. 183-202.

VILASAU SOLANA, Mònica, «El consentimiento general y de menores», en RALLO LOMBARTE, Artemi (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 197-250.

#### JURISPRUDENCIA CONSULTADA

##### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 18 de diciembre de 2008 (caso C-524/06, Heinz Huber v Bundesrepublik Deutschland).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (casos C-468/10 y C-469/10, ASNEF y FECEMD v Administración del Estado de España).

Sentencia de 19 de octubre de 2016 (caso C-582/14, Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland).

Sentencia de 4 de mayo de 2017 (caso C-13/16, Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde v Rīgas pašvaldības SIA «Rīgas satiksme»).

Sentencia de 1 de octubre de 2019 (caso C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV v Planet49 GmbH),

Sentencia de 11 de diciembre de 2019 (caso C-708/18, Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA).

Sentencia de 24 de septiembre de 2019 [caso C-136/17, GC v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)],

Sentencia de 17 de junio de 2021 [caso C-579/19, Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited v Telenet BVBA].

Sentencia de 22 de junio de 2021 (caso C-439/19, Latvijas Republikas Saeima).

Sentencia de 24 de febrero de 2022 (caso C-175/20, Valsts ieņēmumu dienests).

Sentencia de 4 de julio de 2023 (caso C-252/21, Facebook v Bundeskartellamt).

Sentencia de 7 de diciembre de 2023 (caso C-634/21, OV v Land Hessen).

#### Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero (FJ 4)

Fecha de recepción: 07.02.2024

Fecha de aceptación: 06.06. 2024