

EL USO DE COOKIES EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA GUÍA SOBRE EL USO DE LAS COOKIES DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

El uso de cookies en España a la luz de la Guía sobre el uso de las cookies de la Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española de Protección de Datos Personales, en conjunción con representantes de la industria, ha elaborado una guía práctica sobre el uso de cookies y otros dispositivos similares de captación y almacenamiento de datos. Esta guía muestra la posición de la Agencia Española de Protección de Datos Personales respecto a cómo deben cumplir los prestadores de servicios las obligaciones de información previa y consentimiento exigidas para la instalación y uso de cookies y facilita una serie de recomendaciones prácticas y ejemplos.

The use of cookies in Spain in the light of the «Guide for the use of cookies» issued by the Spanish Data Protection Agency

The Spanish Data Protection Agency, together with industry representatives, has drafted a practical guide for the use of cookies and other similar devices used for the collection and storage of data. This guide shows the Spanish Data Protection Agency's position on how services providers should comply with the prior information and consent duties set out for the installation and use of cookies and provides also with practical recommendations and examples.

Introducción

El pasado 29 de abril de 2013, la Agencia Española de Protección de Datos Personales (la «Agencia») presentó al público la *Guía sobre el uso de las cookies* (la «Guía»). Esta no es la primera guía práctica que es elaborada por una autoridad europea de protección de datos con respecto al uso de las *cookies*, si bien lo que distingue a la Guía española de otras precedentes (como la francesa o la inglesa) es que ha sido elaborada por la Agencia en colaboración con las asociaciones Adigital, Autocontrol e IAB Spain. Por ello, la Guía ha sido anunciada y destacada por la propia Agencia como «la primera guía en Europa elaborada conjuntamente por la autoridad de protección de datos y los representantes de la industria».

Cada vez con más frecuencia, la Agencia se sirve del formato de las guías como herramienta para establecer qué directrices prácticas y garantías deben seguirse en el cumplimiento de determinadas normas de protección de datos e Internet, así como para sensibilizar a la industria y a los usuarios respecto a algunas de las materias o sectores que mayor complejidad implican. Anteriormente se habían publicado, entre otras, guías con recomendaciones para implementar sistemas de videovigilancia, para el tratamiento de los datos en las relaciones laborales o para mejorar el uso de datos de menores. Sin embargo, se aprecia en los últimos tiempos una intensificación del uso de las guías por parte de la Agencia y, solamente en la primera mitad del año 2013, ya son tres las que se han publicado (i. e., la Guía sobre *cookies* objeto de análisis en este artículo, así como dos guías —una para prestadores de servicios y otra para

usuarios— en relación con los servicios de *cloud computing*).

El motivo por el que la Agencia ha considerado conveniente la elaboración de la Guía se encuentra en la modificación de las reglas de uso de las *cookies* que se produjo en la normativa nacional en abril de 2012 y que generó numerosas dudas acerca de su interpretación tanto a las empresas que operan en Internet como a los usuarios.

Las *cookies*: la captación invisible de datos

Se entiende generalmente por *cookies* los pequeños ficheros de datos que, al acceder a algunos sitios o plataformas webs, se descargan en el ordenador del usuario y se utilizan por los servidores y páginas webs para recoger, almacenar y recuperar información sobre el usuario y sus hábitos de uso de Internet.

El uso de las *cookies* importa al legislador y a las autoridades de datos en tanto que supone una captación invisible de información. Desde un punto de vista técnico, las *cookies* pueden descargarse —y venían descargándose en la práctica— desde cualquier sitio web sin necesidad de que el usuario consintiera a ello y sin visibilidad alguna para el usuario. Una vez descargada, la *cookie* podía comenzar su recogida «silenciosa» de información sobre los hábitos de uso de Internet del usuario, lo que permitía a las empresas acceder a información sobre sus compras, gustos, características personales (o incluso familiares) y otras diversas cuestiones. La generalización del uso de *cookies* en Internet, la gran cantidad de información que estas pueden

recabar y su invisibilidad hicieron que el legislador comunitario (y, por ende, el nacional) establecieran normas reguladoras de su uso, que en España se han recogido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información («LSSI»).

Cuando la Guía se refiere a las *cookies* lo hace de forma genérica, dado que la LSSI es de aplicación no solamente a las *cookies*, sino a cualesquiera «dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios». De forma estricta, las *cookies* no son sino el tipo más común y conocido de entre los diversos dispositivos de captación de datos existentes en la actualidad o que puedan desarrollarse en el futuro. Por tanto, cuando la Guía se refiere a las *cookies* (y por extensión cuando este artículo se refiere a ellas), habrá que entender que se refiere a todos los dispositivos a los que la LSSI se aplica.

La Guía clasifica los diversos tipos de *cookies* en función de los siguientes parámetros:

(i) *Duración*. Según el tiempo que las *cookies* permanecen activadas en el dispositivo del usuario, se distingue entre *cookies* de sesión o persistentes. Las *cookies* de sesión se definen como las diseñadas para recoger datos únicamente durante el tiempo en el que el usuario accede a un sitio web, mientras que las segundas (también conocidas como permanentes) son aquellas en las que los datos siguen almacenados y pueden ser tratados durante todo el periodo para el que han sido diseñadas, incluso años.

(ii) *Titularidad*. En función de quién sea la entidad que gestione la *cookie*, se puede distinguir entre *cookies* propias, aquellas enviadas al terminal del usuario por el titular del sitio web correspondiente, y *cookies* de terceros, que son las descargadas por empresas distintas del titular del sitio web desde donde se descargan.

(iii) *Finalidad*. En función de la finalidad para la que se trate la información del usuario recogida por las *cookies*, la Guía distingue:

— *Cookies técnicas*: las que permiten al usuario navegar por un sitio web y utilizar algunos de los servicios que el sitio ofrece (por ejemplo, las que permiten recordar los elementos que integran un carrito de compra).

- *Cookies de personalización*: las que permiten al usuario acceder al sitio web con algunas características predefinidas (por ejemplo, idioma).
- *Cookies de análisis*: las que permiten al responsable de la *cookie* el seguimiento del comportamiento del usuario para fines tales como la medición de la actividad en el sitio web.
- *Cookies publicitarias*: las que permiten la gestión de forma eficaz de los espacios publicitarios del sitio web en función de criterios tales como el contenido o la frecuencia con la que se muestra el anuncio.
- *Cookies de publicidad comportamental*: las que permiten la gestión de los espacios publicitarios en función esta vez de la información recogida sobre el comportamiento del usuario y sus hábitos, de forma que se le ofrezca al usuario publicidad adaptada a su perfil.

Esta últimas *cookies*, las que permiten realizar perfiles de los usuarios con fines publicitarios, son sin duda las más invasivas. Sin embargo, las normas comunitarias y la LSSI no se han limitado a regular únicamente el uso este tipo de *cookies*, sino que regulan de forma genérica más tipologías. La Guía recuerda además que las *cookies* pueden tener más de una finalidad.

En todo caso, la Guía no presenta las *cookies* como una herramienta «perversa». Por el contrario, se valoran como herramientas útiles para impulsar los negocios en Internet y la economía general y se reconoce también el valor que la publicidad *online* genera para los consumidores, a los que provee de contenidos y productos «a un precio reducido o de forma gratuita». Sin embargo, los innegables beneficios derivados de su uso para las empresas titulares de las *cookies* y para los propios usuarios deben encontrar un punto de equilibrio con la protección de los derechos de los usuarios.

La Guía ofrece también una serie de definiciones adicionales a la de las *cookies* (editor, espacio publicitario, redes publicitarias, etc.) que son útiles para entender el fenómeno de las *cookies*, pero ante las que no nos detendremos en este artículo para centrarnos únicamente en el contenido y principios fundamentales de la Guía.

Por último, para terminar de definir las *cookies*, hay que tener en cuenta que estas no tienen por qué recoger necesariamente datos de carácter personal —teniendo en cuenta, no obstante, las opiniones formuladas por diversas autoridades europeas de

protección de datos (incluida la Agencia) y del Grupo del Artículo 29 a propósito de que las direcciones IP deben considerarse datos personales—. Las reglas establecidas en la LSSI son aplicables al uso de *cookies* con independencia de que se recojan o no datos con la consideración de dato personal. Sin embargo, la Guía recuerda que en el caso de captación y tratamiento de datos personales, serán también aplicables a las *cookies* las normas de protección de datos personales y las obligaciones derivadas de esta normativa (por ejemplo, medidas de seguridad).

La regulación de las *cookies* en la LSSI

El precepto legal que regula en España el uso de *cookies* —y que, por tanto, contiene el fundamento jurídico principal de la Guía— se encuentra en la redacción actual del apartado 2.º del artículo 22 de la LSSI, que a su vez tiene su origen en la Directiva 2009/136/CE (la «Directiva»). La LSSI es de aplicación, entre otros casos, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, titulares de páginas webs) establecidos en España, a aquellos que prestan el servicio a través de establecimientos permanentes en España o a los localizados fuera del Espacio Económico Europeo si dirigen sus servicios específicamente al mercado español.

Hasta la modificación de la LSSI en 2012, este apartado 2.º del artículo 22 contenía la obligación para aquellos que emplearan *cookies* o dispositivos similares de informar a los usuarios de forma «clara y completa» sobre la utilización de dichas *cookies* y su finalidad, ofreciéndoles además «la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito». Se trataba de una obligación genérica de información sobre el uso de *cookies*, junto con una obligación de permitir al usuario su rechazo (sistema de *opt-out*). Sin embargo, la falta de una mayor concreción respecto al tipo de información que debía facilitarse, junto con la falta de detalle sobre cómo debía permitirse a los usuarios ejecutar dicho rechazo de las *cookies* hacía que, en la práctica, pocos operadores en Internet cumplieran de una forma nítida con este precepto y, más aún, no se consiguió la finalidad buscada de que los usuarios fueran efectivamente conscientes y conocedores de la existencia y funcionamiento de las *cookies*, que seguían siendo desconocidas para la mayor parte de usuarios de Internet.

Este apartado 2.º del artículo 22 de la LSSI se modificó mediante el Real Decreto-ley 13/2012 para trasponer (aunque fuera del plazo concedido

en la Directiva, que vencía el 25 de mayo de 2011) las nuevas reglas de información previa y consentimiento de *cookies* previstas en la Directiva, de forma que la redacción vigente desde abril de 2012 prevé no solamente unos requisitos de información reforzados, sino también una nueva regla de consentimiento (sistema de *opt-in*). Así, el apartado 2.º del artículo 22 de la LSSI prevé lo siguiente:

«2. Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Quando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto.

Lo anterior 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».

Si bien el fin de la norma en su redacción actual parece claro —i. e., garantizar que los usuarios sean plenamente libres y conscientes a la hora de permitir o rechazar las *cookies*—, las diversas interpretaciones que podría permitir este artículo con respecto a cómo debería informarse y solicitarse el consentimiento (de forma expresa, tácita, etc.), junto con las diversas opciones técnicas que permiten los sitios webs (*pop-ups* temporales, barras de encabezamiento permanentes, etc.), hacían conveniente clarificar la interpretación de la norma por la autoridad competente, en este caso la Agencia, y esto es lo que se pretende con la Guía.

Las principales reglas establecidas por la guía

El deber de información

La nueva redacción del artículo 22.2.º exige que se facilite a los usuarios información clara y completa

sobre las *cookies*, y ello debe hacerse «con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal» (la «LOPD»). La información exigida por la LOPD es detallada e incluye, entre otros aspectos, la identidad del responsable (tanto en *cookies* propias como de terceros), las finalidades de las *cookies* y los derechos que asisten al usuario. Además, para que la información pueda entenderse completa, parece razonable que se incluyan otras características relevantes de las *cookies*, como puede ser su duración o las consecuencias para el usuario si las rechaza. En vez de limitarse a remitir a la LOPD en materia de información, la Guía desarrolla algunos aspectos adicionales del deber de información, entre los que destacan los siguientes:

- (i) En caso de que usuario consienta el uso de *cookies*, la información sobre cómo revocar ese consentimiento deberá estar accesible de forma permanente.
- (ii) Recomienda que, más allá del momento en el que se recabe el consentimiento, la información sobre las *cookies* quede accesible en todo momento.
- (iii) En relación con la calidad de la información que se facilite, debe tenerse en cuenta (a) el tipo de usuario medio al que se dirige el sitio web, de forma que se adapte convenientemente el lenguaje utilizado en cada caso, y (b) el diseño del sitio web, para que la información sobre *cookies* encaje con la mecánica del sitio.
- (iv) En relación con la accesibilidad y visibilidad de la información, la Guía plantea diversas formas para potenciar dicha información. Por ejemplo, si la información se incluye mediante un enlace, recomienda destacarlo con distinta fuente y localizarlo en lugar visible.
- (v) Con respecto al sistema a través del cual se debe ofrecer la información (y también se pide el consentimiento), destaca como métodos más comunes la inclusión de la información en una barra de encabezamiento o en un pie de página suficientemente visibles o, si se solicita un servicio que implica el uso de *cookies*, la inclusión de la información junto con el resto de términos y condiciones, aunque de forma destacada y separada (por ejemplo, un hiperenlace separado).
- (vi) No descarta la posibilidad de informar a los usuarios por medios *offline*.

La Guía desarrolla también la posibilidad de crear un sistema de información por capas, mediante el

cual, en una primera fase, se avisa al usuario sobre el uso de *cookies*, se identifican las finalidades, se advierte si una determinada acción supondrá la aceptación de las *cookies* y se enlaza a una segunda capa de información. En esta segunda fase, se proporcionaría el resto de información pertinente (qué es una *cookie*, tipos de *cookies* utilizadas, información sobre cómo desactivarlas, etc.).

La obtención del consentimiento

Si en algo resulta fundamental la Guía es para entender cómo interpreta la Agencia —en acuerdo con la industria— que debe obtenerse el consentimiento de los usuarios para el uso de las *cookies* conforme al artículo 22.2.º de la LSSI. La redacción un tanto ambigua del artículo 22.2.º parecía permitir diversas interpretaciones (más o menos flexibles) y no se podía descartar completamente el que la Agencia exigiera recabar un consentimiento expreso entendido de forma estricta (por ejemplo, exigiendo que el usuario haga un *click* en un botón de «Acepto» o similar).

Sin embargo, la Guía se muestra conforme no solamente con el uso de este tipo de fórmulas expresas, sino también con la obtención del consentimiento «*infiiriéndolo de una determinada acción realizada por el usuario*». Esta segunda fórmula dota de mayor flexibilidad a los operadores a la hora de establecer los mecanismos de recabar los consentimientos, sin perjuicio de que estos mecanismos deban asegurar igualmente el cumplimiento de las obligaciones de información. Además, la Guía aclara que «*la mera inactividad del usuario no implicará la prestación del consentimiento por sí misma*» y exige una acción consciente y positiva de la que pueda inferirse el consentimiento.

Para aclarar cómo funcionan los mecanismos de consentimiento inferido y qué mecanismos podrán considerarse válidos, la propia Guía incluye algún ejemplo de este tipo de consentimiento (por ejemplo, «*(...) si continúa navegando, consideramos que acepta su uso (...)*»). Sin embargo, también se alerta de que este tipo de mecanismo presenta mayores dificultades de prueba para acreditar que se ha obtenido un consentimiento concreto.

Una consecuencia lógica de la exigencia legal del consentimiento es que los sitios webs, al permitir a los usuarios rechazar las *cookies*, deban diseñarse de forma que el sitio pueda utilizarse sin ellas, aunque es posible que ciertas funcionalidades o ciertos servicios queden limitados o incluso no disponibles. A

este respecto la Guía establece que no podrá denegarse a los usuarios que rechacen *cookies* el acceso a servicios si así se impide al usuario el ejercicio de un derecho legalmente reconocido (por ejemplo, la baja en un servicio de telecomunicaciones).

La Guía se detiene a analizar diversas modalidades de obtención del consentimiento, cuya elección deberá depender del tipo de *cookies* utilizado, su finalidad y de si son propias o de terceros. Entre los mecanismos de aceptación de *cookies* analizados por la Guía están la aceptación de términos de uso de *cookies* al dar de alta un servicio, la solicitud de consentimiento durante el proceso de configuración del sitio web, al solicitarse por el usuario una nueva función, aplicación o descarga o a través del formato de información por capas antes explicado, entre otros.

Un mecanismo previsto de forma específica por el artículo 22.2.º de la LSSI («*cuando sea técnicamente posible y eficaz*») es el de recabar el consentimiento a través de la configuración del navegador. La Guía no desarrolla en detalle esta posibilidad, sino que se remite en bloque a lo previsto a este respecto en el Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29. Este Dictamen 2/2010 establece, entre otras cuestiones, que «*los buscadores deben pedir 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*».

Por último, antes las dudas surgidas en la industria sobre la periodicidad con la que habría que obtener el consentimiento y las diversas posibilidades que se planteaban ante la ausencia de una regla legal expresa (una única vez, de forma periódica, en cada sesión, etc.), la Guía se pronuncia señalando que siempre que el consentimiento para el uso de *cookies* se haya obtenido de forma válida, no es necesario volver a solicitarlo a menos que se modifiquen las características de las *cookies*.

Cookies exentas de las obligaciones de información y consentimiento

Si bien la regla general del artículo 22.2.º de la LSSI exige informar y recabar consentimiento de los usuarios para poder instalar y hacer uso de *cookies*, el último párrafo de esta norma prevé una excepción al cumplimiento de estas obligaciones exclusivamente para unos determinados tipos de *cookies*.

La excepción se aplica a las *cookies* exclusivamente para la transmisión de una comunicación y, fundamentalmente, a aquellas cuyo uso es necesario para la prestación de un servicio solicitado por el propio usuario.

Para concretar y ejemplificar qué *cookies* se consideran exentas, la Guía se remite a lo previsto por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su Dictamen 4/2012, que contempla que quedarán exentas, entre otras, las necesarias para la autenticación del usuario (únicamente si son de sesión), las *cookies* de sesión de reproductor multimedia o las necesarias para la personalización de la interfaz de usuario.

También comparte la Guía el criterio del Dictamen 4/2012 respecto a que, para que una *cookie* se considere exenta, su duración debe estar relacionada con su finalidad, por lo que, por lógica, podrán no estar exentas algunas de las mencionadas si su caducidad excede lo estrictamente necesario para cumplir con su función en la prestación del servicio solicitado por el usuario.

Responsabilidad por el uso de cookies

Ante la posibilidad de que un sitio web contenga *cookies* de terceros, también se suscitaron en la industria algunas dudas acerca de quién tendría la responsabilidad del cumplimiento de lo previsto en la LSSI. Cuando la *cookie* es propia del editor del sitio web, es claro que la responsabilidad recae sobre dicho editor. Sin embargo, ante una situación más compleja como la que acontece cuando se usan *cookies* de terceros, la Guía aclara que la responsabilidad del cumplimiento de las normas recae sobre ambos, sobre el editor del sitio web y sobre el tercero gestor de la *cookie* en cuestión (o incluso en otras partes en la medida que estén involucradas en la gestión de la *cookie*). En estos casos, ante la dificultad práctica de que los usuarios accedan de forma sencilla a los terceros, la Guía recomienda la firma de un contrato entre el editor del sitio web y el gestor de la *cookie*, que asegure que se ofrecerá a los usuarios la información requerida y que se articularán los medios apropiados de solicitud de consentimiento.

LETICIA LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ*

* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)