

## LA COMPRAVENTA PROGRAMÁTICA DE PUBLICIDAD COMPORTAMENTAL ONLINE Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

### La compraventa programática de publicidad comportamental *online* y sus implicaciones en materia de protección de datos

La compraventa programática de publicidad comportamental implica, casi en la totalidad de los supuestos, la instalación de herramientas de seguimiento (entre otras, las *cookies*) con el fin de crear perfiles de los usuarios sobre sus gustos y preferencias. Posteriormente, esos perfiles son cedidos a los anunciantes e intermediarios para que estos incluyan —de forma automatizada— anuncios ajustados al perfil del usuario. Dado que este proceso implica un tratamiento de datos personales, este artículo analizará los requisitos que han de tener en cuenta las compañías, desde un punto de vista de protección de datos y de la normativa sobre servicios de la sociedad de la información, para participar en este complejo sistema de compraventa programática de publicidad comportamental.

### The Programmatic Sell of Online Behavioural Advertising and its Implications on Personal Data Protection Matters

The programmatic sale of behavioural advertising involves, in almost all cases, the installation of tracking tools (including cookies) in order to create profiles of users based on their tastes and preferences. Subsequently, these profiles are transferred to advertisers and intermediaries so that they can place -automatically- advertisements adjusted to each user's profile. Given that this process entails personal data processing, this article will analyse, from a data protection and information society services laws point of view, the requirements that companies have to take into account in order to participate in the complex system of programmatically selling behavioural advertising.

#### PALABRAS CLAVE

RGPD, Datos personales, Publicidad comportamental, Compraventa programática, Cookies.

#### KEY WORDS

GDPR, Personal data, Behavioural advertising, Programmatic sell, Cookies.

Fecha de recepción: 13-11-2019

Fecha de aceptación: X-11-2019

## 1 · INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los casos, cuando los usuarios visitan un determinado sitio web o una aplicación móvil, se encuentran con anuncios de materias o marcas sobre las que han realizado búsquedas recientemente. Detrás de este “fenómeno” de *marketing online* existe un complejo proceso de compraventa programática (automatizada) —principalmente mediante pujas— de inventarios de espacios publicitarios o de audiencias de usuarios de determinados sitios webs y aplicaciones móviles. Gran parte de los negocios “gratuitos” de Internet se monetizan gracias a este proceso de compraventa programática, en el que tanto los editores de los sitios webs y de las *apps* como los anunciantes necesitan conocer (cuanto más, mejor) a sus usuarios con el fin de poder utilizar dicha información con objetivos comerciales.

Este negocio de la publicidad digital —la compraventa programática de publicidad comportamental— implica casi en la totalidad de los supuestos la instalación de herramientas de seguimiento (entre otras, las *cookies*) con el fin de crear perfiles de los usuarios sobre sus gustos y preferencias. Posteriormente, esos perfiles son cedidos a los anunciantes e intermediarios para que estos inclu-

yan —de forma automatizada— anuncios ajustados al perfil del usuario. Dado que este proceso implica un tratamiento de datos, este artículo analizará los requisitos que han de tener en cuenta las compañías, desde un punto de vista de protección de datos y de la normativa sobre servicios de la sociedad de la información, para participar en este complejo sistema de compraventa programática de publicidad comportamental.

## 2 · LA COMPRAVENTA PROGRAMÁTICA DE PUBLICIDAD ONLINE AJUSTADA AL PERFIL DEL USUARIO

Generalmente, los sitios webs y las aplicaciones móviles “gratuitas” se monetizan a través de la publicidad digital. Los anuncios en Internet son, en la mayoría de los supuestos, la fuente de ingresos de estos negocios que se ofertan sin una contraprestación económica a cambio.

En la actualidad, el modelo de negocio que impera en este fructuoso ecosistema de la publicidad digital es la compraventa programática de publicidad comportamental, ajustada al perfil de los usuarios de Internet. Para analizar las implicaciones que en materia de protección de datos y de servicios de la

sociedad de la información tiene esta categoría de *marketing online*, es preciso aclarar, en primer lugar, qué es la publicidad comportamental y, en segundo lugar, cómo se vende ésta a través de un sistema programático (i. e., automatizado).

La publicidad comportamental (*behavioural advertising*) consiste en mostrar anuncios adaptados a los gustos y preferencias de los usuarios. Para que se pueda ajustar la publicidad al perfil de los usuarios es necesario observar durante un periodo de tiempo su comportamiento en Internet (p. ej., visitas repetidas a diferentes sitios webs, palabras claves utilizadas en las búsquedas de Internet, comentarios publicados en una *app*). En este sentido, cuanto mejor se conoce el perfil de los usuarios, más beneficios se obtienen de la publicidad comportamental. Para ello, los editores instalan *cookies* o tecnologías similares en los dispositivos de los usuarios que “rastrea” su comportamiento.

La publicidad comportamental se vende, mayoritariamente, a través de sistemas automatizados. La compraventa programática es un proceso deliberadamente complejo que facilita la compraventa en tiempo real de inventarios de espacios publicitarios (p. ej., *banners*) o audiencias de usuarios de Internet (p. ej., mujeres de entre 25-35 años interesadas en la literatura clásica y el fútbol, de Madrid y Valencia) en sitios webs y *apps*. Es decir, los anunciantes buscan mostrar sus anuncios a usuarios que estén interesados en el contenido de esos anuncios. Para ello, el sistema de compraventa programática se sirve de tecnologías de publicidad digital conocidas como *adtech* (*advertising technology*). Esta tecnología está compuesta generalmente por herramientas de *big data analytics*, es decir, de técnicas aplicadas de inteligencia artificial —principalmente los algoritmos de aprendizaje automático (*machine learning*)— que analizan y gestionan información agregada o datos a gran escala (*big data*). La técnica más utilizada en la actualidad para automatizar la compraventa de publicidad es el *real time bidding* (por sus siglas en inglés, el RTB), un sistema de puja en el que se apuesta por el precio de los inventarios de espacios publicitarios o de audiencias de usuarios en tiempo real. El RTB permite que, en menos del tiempo que tarda en cargarse un sitio web en el navegador de un dispositivo (i. e., en milisegundos), el editor de un sitio web o de una *app* lance una oferta sobre su espacio publicitario o audiencia, y miles de anunciantes (a través de intermediarios) pujen por ello con el fin de mostrar anuncios personalizados. Este proceso de compraventa programática de

publicidad (y, en particular, el RTB) incluye principalmente —y con el ánimo de simplificar este laberíntico negocio— a tres grupos de actores: los editores o titulares de los sitios webs o de las *apps*, los anunciantes y los terceros intermediarios. Los intermediarios son una amalgama de creciente complejidad articulada por entidades que utilizan una sofisticada *adtech* para monetizar la publicidad *online* y maximizar los beneficios de los editores o de los anunciantes (p. ej., plataformas que comparan los precios o agencias de publicidad).

Este sistema de optimización de la publicidad comportamental digital tiene implicaciones, entre otras, en materia de servicios de la sociedad de la información y en la protección de los datos personales. Por ello, algunas autoridades de protección de datos ya han realizado un análisis pormenorizado de cómo afecta este negocio a la privacidad de los usuarios. Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos (la “AEPD”) ha dedicado un apartado de su reciente guía sobre *cookies* (*Guía sobre el uso de las cookies*) —publicada el pasado 8 de noviembre— a analizar cuáles son las partes intervinientes, y sus diferentes grados de responsabilidad, en los procesos de publicidad programática. Asimismo, la autoridad europea de protección de datos, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (el “GT 29”) —sustituido con la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (el “RGPD”) por el Comité Europeo de Protección de Datos (“CEPD”)— emitió un informe el 22 de junio de 2010 (*Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea*) en el que se establecían las pautas para poder mostrar anuncios personalizados en el entorno *online*. Por otro lado, el pasado 20 de junio, la autoridad británica de protección de datos (el Information Commissioner’s Officer, el “ICO”) publicó un informe sobre las tecnologías publicitarias digitales y las apuestas de los anunciantes en tiempo real (*Update report into adtech and real time bidding*). De dichos informes se podría destacar que este proceso de compraventa de publicidad presenta —principalmente y entre otras— las siguientes implicaciones en materia de protección de datos y servicios de la sociedad de la información:

- (i) La instalación de *cookies* o tecnologías similares en los dispositivos para monitorizar los hábitos de navegación de los usuarios.
- (ii) La creación de perfiles mediante dichas tecnologías con el fin de mostrar publicidad comportamental a través de la toma de decisiones automatizadas (por medio de algoritmos).

Estos tratamientos de datos están sujetos a las normas de privacidad que se detallan a continuación.

### 3 · NORMAS DE PRIVACIDAD APLICABLES

La instalación de *cookies* y tecnologías similares se regula por una norma especial, la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (la “LSSI”), que implementa la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. De forma complementaria a la LSSI, es de aplicación la normativa de protección de datos, esto es, el RGPD y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales. No obstante, dado que la LSSI y la Directiva 2000/31/CE son previas al RGPD y, además, han quedado superadas por los avances de la tecnología, existe un borrador de Reglamento europeo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (el “Reglamento de e-Privacy”). La aprobación del Reglamento de e-Privacy está siendo mucho más lenta de lo deseado, principalmente por el impacto que podría tener su entrada en vigor sobre los modelos de negocio “gratuitos” de Internet.

En vista de ello, algunas autoridades europeas de protección de datos se han adelantado a la aprobación de dicha norma y ya han emitido sus circulares sobre los requisitos que deberían cumplir las entidades antes de instalar este tipo de tecnologías. En particular, tal y como se indicaba anteriormente, la AEPD ha publicado recientemente su guía sobre *cookies* y, con anterioridad, también la autoridad del Reino Unido (el ICO) y la autoridad francesa (CNIL) de protección de datos publicaron sus respectivas orientaciones sobre el uso de las *cookies*.

Antes de analizar los requisitos impuestos por la citada normativa y los criterios de las autoridades de protección de datos para tratar los datos personales de los usuarios para mostrarles publicidad comportamental en línea, es necesario aclarar los siguientes conceptos: a) qué son las *cookies* y las tecnologías similares, y b) en qué consisten los perfilados y en qué se diferencian de las decisiones automatizadas.

### 4 · USO DE COOKIES Y CREACIÓN DE PERFILES

Las *cookies* son ficheros que se almacenan en el ordenador del usuario y que crea el propio sitio web del proveedor de servicios de la sociedad de la información o de terceros, y han sido tradicional-

mente las técnicas de seguimiento de la navegación de usuarios en los sitios webs y las *apps* más populares. Sin embargo, esta tecnología ha sido superada por otras técnicas (conocidas como *fingerprinting*) más avanzadas (a la par que intrusivas) que obtienen la huella digital de los dispositivos de los usuarios. Las técnicas más utilizadas de *fingerpinitng* son el *canvas fingerprinting*, *webRTC* o *audio fingerprint*. Dichas técnicas permiten registrar, incluso, los movimientos que realiza el usuario a través de la página web con el ratón, examinando en qué partes de la pantalla se detiene durante más tiempo. A este respecto, la AEPD ha publicado recientemente un informe (*Fingerprinting o Huella digital del dispositivo*) que analiza esta técnica y subraya los riesgos que conlleva el uso de estas tecnologías para la privacidad de los usuarios, unos riesgos que, en la mayoría de las ocasiones, son completamente desconocidos por los usuarios de Internet.

En relación con la creación de perfiles, el concepto de perfilar se define en el artículo 4.4 del RGPD como “*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*”. Para entender el alcance de este tratamiento de datos resulta de utilidad el análisis sobre la creación de perfiles y sus límites elaborado por el GT 29 en su guía sobre perfilados (*Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*), que fue adoptada el 6 de febrero de 2018. De dichas directrices se desprende que el perfilado tiene lugar si concurren estos dos requisitos: que el tratamiento de datos se lleve a cabo de forma automatizada y que dicho tratamiento tenga por objeto evaluar a una persona física o a un grupo de individuos. Tratar un dato de forma “automatizada” implica procesar el dato con herramientas tecnológicas, por ejemplo a través de algoritmos de *machine learning*. Cabe aclarar que, dado que el RGPD no exige que el perfilado conlleve un tratamiento “únicamente” automatizado, la participación humana en el proceso de perfilado no determina la inexistencia de una elaboración de perfiles. Por su parte, el término “evaluar” implica hacer un juicio sobre una persona o sacar conclusiones sobre ella. En este sentido, la mera clasificación de las personas por características como, por ejemplo, la ciudad de residencia, la edad o el sexo no implicaría necesariamente la elaboración de

un perfil. 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, sus intereses o su comportamiento futuro. De acuerdo con los informes de ciertas autoridades de protección de datos, a partir del seguimiento de los usuarios por diferentes sitios webs, *apps* y redes sociales de Internet se pueden llegar a crear perfiles que incluirían hasta datos personales especialmente protegidos (p. ej., datos de salud o de orientación sexual). Así, por ejemplo, según el ICO, en su guía ya citada sobre técnicas RTB (págs. 13-14), los editores de los sitios webs y *apps* comparten con los anunciantes perfiles de potenciales receptores de publicidad que, en ocasiones, incluyen campos como “Enfermedades cardiovasculares”, “Salud mental”, “Salud sexual”, “Orientación política” y “Abuso de sustancias”.

Una vez aclarado qué es perfilar, cabe señalar que existe otra actividad muy común en el ámbito de la publicidad digital: la toma de “decisiones automatizadas”, que en ocasiones se confunde con el perfilado. No obstante, la adopción de decisiones automatizadas tiene un ámbito de aplicación distinto al del perfilado. En particular, las decisiones automatizadas son las acciones adoptadas a través de medios tecnológicos sin la participación de seres humanos y pueden llevarse a cabo con o sin la elaboración de perfiles; la elaboración de perfiles, a su vez, puede no conllevar la toma de decisiones automatizadas. Por ejemplo, una decisión automatizada sería la inclusión, en determinados sitios webs, de anuncios sobre restaurantes de Valencia destinados a usuarios que se conecten a esas webs desde una dirección IP ubicada en dicha ciudad. Esta inclusión de publicidad en línea, de forma automática, no implicaría la elaboración de un perfil del usuario residente en Valencia (ya que no se realizaría una evaluación sobre el usuario, simplemente se detectaría la dirección de IP conectada desde Valencia). Sin embargo, si durante dos años se monitorizan los hábitos de navegación (*i. e.*, se perfila) de dicho usuario por distintos sitios webs de restaurantes para determinar qué tipo de comida prefiere (p. ej., detectando que tiene tendencia a acceder a ofertas y descuentos de restaurantes japoneses) con el fin de mostrarle anuncios en línea ajustados a su perfil, la inclusión de esta publicidad sí supondría la adopción de decisiones automatizadas basadas en el perfil del usuario. Por lo tanto, en este último caso, sí tendría lugar la generación de un perfil.

A continuación se exponen los límites para utilizar tecnologías de seguimiento de usuarios de Internet para perfilar y, tras tomar decisiones automatizadas, mostrarles publicidad comportamental.

## 5 · REQUISITOS PARA INCLUIR TECNOLOGÍAS DE SEGUIMIENTO PARA PERFILAR A LOS USUARIOS CON FINES DE MARKETING

La utilización de este tipo de tecnologías para obtener datos personales es regulada por la LSSI (como ley especial) y, de forma complementaria, por la normativa de protección de datos. Por lo tanto, los perfilados publicitarios que se realicen a través de *cookies* o tecnologías similares deben cumplir con las obligaciones impuestas por la LSSI. En este sentido, el artículo 22.2 de la LSSI obliga a informar y a obtener el consentimiento de los usuarios antes de instalar este tipo de tecnologías. En consecuencia, aunque el RGPD permita basar algunos tratamientos de datos en otras bases jurídicas (art. 6 del RGPD) —como, por ejemplo, en la existencia de un interés legítimo de las compañías—, si dichos tratamientos se realizan a través de las *cookies* (dado que resulta de aplicación la LSSI), las compañías deberán recabar necesariamente el consentimiento de los usuarios.

Para conocer qué tipo de consentimiento exige la LSSI se ha de acudir al RGPD. El artículo 4.11 del RGPD, en relación con el artículo 7 y el considerando 32, señala que se considerará consentimiento válido “*toda manifestación del interesado, libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”. Esto es, como regla general, el consentimiento deberá ser inequívoco, excepto cuando los datos que se traten sean especialmente protegidos (p. ej., datos de salud o de orientación sexual), en cuyo caso el consentimiento deberá ser explícito (art. 9 del RGPD).

Hasta la entrada en vigor del RGPD, las autoridades competentes en materia de protección de datos habían aceptado la tan conocida fórmula para obtener el consentimiento de que, si el usuario “continuaba navegando”, “consentía” la instalación de *cookies* con fines de creación de perfiles para mostrar anuncios personalizados.

No obstante, con motivo de la entrada en vigor del RGPD, se planteó —a nivel europeo— si dicha fórmula (la de “seguir navegando”) sería válida para

obtener el consentimiento exigido por el RGPD; es decir, —como norma general— un consentimiento inequívoco. Dicho debate, en España, ha sido superado recientemente con la publicación de la guía sobre *cookies* por parte de la AEPD. La gran novedad de dicha guía es que, a diferencia de las publicadas por otras autoridades europeas (como el GT29, el ICO o el CNIL), admite la opción de “seguir navegando” como fórmula válida para obtener el consentimiento inequívoco de los usuarios en algunos casos. Sin perjuicio de ello, la AEPD puntualiza en su guía que esta opción puede ser más apropiada para usuarios registrados y advierte, además, de que esta opción puede presentar mayores dificultades a la hora de probar la obtención del consentimiento. En este sentido, la AEPD ha señalado que la validez de este sistema dependerá, en gran medida, de la calidad y la accesibilidad de la información facilitada y del tipo de acción del que se deduzca la obtención del consentimiento (p. ej., navegar a una sección distinta del sitio web, cerrar el aviso de la primera capa o pulsar sobre algún contenido del servicio). Asimismo, si las entidades optan por esta fórmula de obtención del consentimiento, deberán incorporar procedimientos para que denegar el consentimiento pueda ser tan sencillo como prestarlo. Por ello, en el panel de configuración de las *cookies* deberá habilitarse un botón para rechazar todas las *cookies*.

No obstante lo anterior, según la guía sobre *cookies* de la AEPD, la fórmula de obtención del consentimiento inequívoco (del tipo “seguir navegando”) no será válida en aquellos casos en los que a través de las *cookies* se realicen tratamientos que requieran un consentimiento explícito. En particular, se deberá incluir un botón de “acepto” en el *banner* de *cookies* en aquellos casos en los que se traten categorías especiales de datos personales, se tomen decisiones individuales automatizadas con efectos jurídicos en los usuarios (cuya base de legitimación sea el consentimiento) o se realicen transferencias internacionales de datos cuya base de legitimación sea el consentimiento.

Por otro lado, aunque muchos sitios webs y *apps* se monetizan con los ingresos que se obtienen a través de la publicidad comportamental, como regla general, tampoco se puede condicionar el consentimiento para la instalación de *cookies* al hecho de que la publicidad “es necesaria” para la prestación de servicios *online* (en la mayoría de las ocasiones) “gratuitos”. Este criterio ha sido confirmado por la CEPD en sus directrices, aprobadas el 8 de octubre de 2019, sobre qué tratamientos de datos se

podrían considerar necesarios para la prestación de determinados servicios (vid. págs. 14-15 de las *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under article 6.1.b GDPR in the context of provision of online services to the data subjects*). En este mismo sentido, e incluso yendo un paso más allá, el ICO —en línea con el CNIL— ha advertido en su guía ya citada sobre el uso de *cookies* (vid. págs. 27-34) que fórmulas como las anteriores, o que inciten a que el usuario acepte estas tecnologías para poder disfrutar de los servicios de una determinada *app* o de un sitio web, no serían válidas. Según dichas autoridades de protección de datos, por ejemplo, el uso de un *banner* (i. e., una ventana emergente) que bloquee el acceso a un sitio web o una *app* hasta que el usuario no acepte las *cookies* no sería una fórmula válida de obtención del consentimiento.

Contrariamente al criterio establecido por las citadas autoridades, las orientaciones sobre el uso de *cookies* de la AEPD sí reconocen la posibilidad, en ciertos supuestos, de denegar acceso a un servicio de la sociedad de la información si no se aceptan las *cookies*. No obstante, la AEPD ha matizado que no podrá restringirse dicho acceso en aquellos supuestos en los que la denegación impida el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario, por ejemplo si el acceso a dicho sitio web es el único medio que se facilita al usuario para ejercitar tal derecho.

Respecto a la información que debe otorgarse a los usuarios para obtener posteriormente su consentimiento, se debería incluir un primer *banner* (o *popup*) que redireccionara a una segunda capa informativa (i. e., la política completa de *cookies*), información que ha de cumplir con los artículos 13 y 14 del RGPD. En particular, la AEPD ha puntualizado en su guía, entre otras cuestiones, que la existencia de creación de perfiles para mostrar anuncios personalizados debería ser informada en el *banner* de *cookies* (i. e., en la primera capa). En este sentido, se deben incluir expresiones que indiquen claramente que se monitorizan los hábitos de navegación y que la finalidad de las *cookies* o de las tecnologías similares es elaborar perfiles, y se debe excluir cualquier tipo de información que induzca a confusión o desvirtúe la claridad del mensaje (p. ej., “usamos *cookies* para personalizar su contenido y crear una mejor experiencia para usted” o “para mejorar su navegación” o similares). Además, la información sobre las *cookies* de la primera capa se debe completar con un sistema o panel de configuración en el que el usuario pueda optar entre aceptar o no las *cookies* de forma granular, o un enlace

que conduzca a dicho sistema o panel. El enlace o botón para administrar las preferencias sobre las *cookies* debe llevar al usuario directamente al panel de configuración, que podrá integrarse en la segunda capa informativa. La guía sobre *cookies* de la AEPD recoge que, para facilitar la selección de las *cookies* por parte del usuario, en dicho panel podrán implementarse dos botones: uno para aceptar todas las *cookies* y otro para rechazarlas todas, siendo esta opción recomendable cuanto mayor sea el número distinto de *cookies* que se utilicen. Si se utiliza la modalidad de “seguir navegando” como forma de obtención del consentimiento, la AEPD advierte que en el panel deberá incluirse —como señalábamos anteriormente— un botón para rechazar todas las *cookies*, para respetar el requisito de que sea tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

Sin perjuicio de lo anterior, la “última palabra” sobre el marco regulatorio para utilizar las técnicas de seguimiento de los usuarios en Internet y, por lo tanto, sobre los futuros modelos de negocio “gratuitos” de Internet la tendrá el Reglamento de e-Privacy.

## 6 · RESTRICCIONES A LA ELABORACIÓN DE PERFILES Y LA TOMA DE DECISIONES AUTOMATIZADAS

Adicionalmente a los requisitos detallados anteriormente (i. e., la obtención del consentimiento informado para instalar *cookies* con el objeto de crear perfiles y mostrar publicidad comportamental), hay que tener en cuenta que el artículo 22 del RGPD establece una prohibición general con el fin de que las compañías no implementen mecanismos en los que únicamente sea un algoritmo (sin intervención humana) el que tome una decisión o elabore un perfil, y que dichas decisiones o perfilados tengan efectos jurídicos en los usuarios o que “*les afecte significativamente de modo similar*”. No obstante, dicha regla general acepta excepciones (como que el afectado otorgue su consentimiento expreso) siempre que se implementen garantías adicionales establecidas en el RGPD.

En este sentido, cabe preguntarse si en el sector de la publicidad comportamental *online* se toman decisiones automatizadas o se elaboran perfiles basados únicamente en tratamientos automatizados que a) “*tengan efectos jurídicos*” en los usuarios, o b) “*afecten significativamente de modo similar*”. Respecto del primer supuesto, resulta difícil —al menos

actualmente— pensar que pueda ser de aplicación en el sector de la publicidad. No obstante, el GT 29 (en sus directrices sobre perfilados citadas anteriormente) llama la atención sobre la posibilidad de que —de forma excepcional— ciertas decisiones o elaboraciones de perfiles automatizadas (sin intervención humana) puedan tener “*efectos significativamente similares*” en las personas. Para discernir si existe dicho riesgo, el GT 29 indica que se han de tener en cuenta los siguientes factores: a) el nivel de intrusismo del proceso de elaboración de perfiles, incluido el seguimiento de las personas en diferentes sitios webs, dispositivos y servicios; b) las expectativas y deseos de las personas afectadas; c) la forma en que se presenta el anuncio, o d) el uso de conocimientos sobre las vulnerabilidades de los interesados.

En relación con ello, el GT 29 alerta de que un tratamiento que pueda tener poco impacto sobre las personas en general podría tener un efecto significativo en determinados grupos de la sociedad, como grupos minoritarios, adultos vulnerables o niños. Es más, en el caso de estos últimos, el GT 29 hace hincapié en que pueden ser especialmente susceptibles e influenciables en el entorno en línea, particularmente respecto de la publicidad comportamental. Por ello, el GT 29 concluye que las compañías deberán abstenerse, en general, de elaborar perfiles con fines publicitarios sobre los niños.

## 7 · OTRAS PARTICULARIDADES

Además de la obligación de obtener el consentimiento de los usuarios de Internet impuesta por la LSSI y el RGPD para instalar *cookies* o tecnologías similares con el fin de realizar perfilados y mostrar publicidad comportamental, existen otras garantías del RGPD que operan cuando se llevan a cabo perfilados. Entre ellas, cabría destacar las siguientes:

- (i) Las entidades que realicen este tipo de actividades deberían llevar a cabo una evaluación de impacto (*privacy impact assesment*) y nombrar un delegado de protección de datos (el *data protection officer* o, por sus siglas en inglés, el “DPO”).
- (ii) El RGPD otorga a los afectados, entre otros, el derecho a acceder y a rectificar los datos personales que las compañías tratan sobre ellos y a ejercitar el derecho de portabilidad. Con frecuencia las compañías se plantean si el ámbito de aplicación de estos derechos se extiende a los

perfiles que se han generado sobre los usuarios. En relación con los derechos de acceso y de rectificación, dichos derechos cubren el acceso tanto a los datos tratados por el responsable para la elaboración de perfiles (los “datos de entrada”) como al perfil y los detalles sobre sus preferencias (los “datos de salida”). Contrariamente, el derecho de portabilidad no se extendería a los datos del perfil creado. En el caso del derecho de rectificación, cabe señalar que el artículo 16 del RGPD otorga además a los interesados el derecho a poder realizar una declaración complementaria respecto de su perfil.

- (iii) Las compañías deben asegurarse de que han establecido medidas sólidas para verificar y garantizar que los perfiles son precisos y están actualizados. Además, es importante señalar que los perfilados (como el resto de los datos) no deben ser conservados por las compañías de forma indefinida. Por ello, se deben implementar procedimientos para que los perfiles solo sean conservados durante periodos de tiempo determinados y breves, atendiendo especialmente al grado de intromisión del perfilado.

## 8 · CONCLUSIONES

Como ha quedado reflejado en este artículo, el uso de la publicidad digital para monetizar los sitios webs y las *apps*, desde una perspectiva de protección de datos, implica la instalación de *cookies* y tecnologías similares con el fin de recolectar datos y crear perfiles de los usuarios que son cedidos a los anunciantes para que estos conozcan su potencial audiencia y, en caso de que ganen la puja, los inserten y controlen las campañas de publicidad comportamental. No obstante, dicha actividad debe llevarse a cabo cumpliendo con la LSSI y la normativa aplicable en materia de protección de datos. Ello implicaría que las entidades que intervienen en el ecosistema de la compraventa programática de publicidad comportamental se aseguren, entre otras cosas, de que los usuarios han sido informados de forma transparente y han otorgado su consentimiento sobre la instalación de *cookies* con fines de perfilado y publicitarios de acuerdo con las pautas otorgadas por las autoridades europeas y locales en materia de protección de datos.

LAIA ITZIAR REYES RICO (\*)

---

(\*) Abogada del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).