

Cookies: nueva guía sobre su uso

Isabela Crespo Vitorique y Bárbara Sainz de Vicuña Lapetra

Abogadas senior del Área Propiedad Industrial y Tecnologías de la Información de GA_P
Sector de Privacidad y Tecnología

Francisco Pérez Bes

Of counsel

Director del Área de Derecho y Economía Digital de GA_P

La nueva guía de cookies presentada por la Agencia Española de Protección de Datos pretende ofrecer orientaciones sobre cómo cumplir las obligaciones previstas en el apartado segundo del artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), en relación con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril del 2016, General de Protección de Datos (RGPD), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).

1. INTRODUCCIÓN

Dadas las múltiples complejidades que plantea el uso de las cookies, las orientaciones recogidas en la *Guía sobre el uso de las «cookies»* no pretenden ofrecer una solución general y uniforme para el cumplimiento de la ley, sino que deben servir de guía para que las entidades afectadas reflexionen y adopten decisiones sobre la solución más adecuada a sus intereses y modelo de negocio.

Con carácter previo al estudio por parte de las entidades intervinientes de las soluciones más apropiadas para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en la mencionada guía, y

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

siguiendo lo previsto en ella, la recomendación pasa por llevar a cabo una revisión de las *cookies* que hasta la fecha se vienen utilizando con el objeto de identificar las que se están usando, analizar si son propias o de terceros, de sesión o persistentes, y concretar su función para poder decidir cómo proceder. No se olvida, obviamente, la necesidad de revisarlas periódicamente a fin de actualizar la información disponible sobre ellas.

En este sentido, la guía se detiene en analizar el contenido del artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), y en fijar una serie de definiciones para, posteriormente, examinar las obligaciones que se deducen de dicho artículo y que debe cumplir el editor o responsable del sitio web.

2. ALCANCE DE LA GUÍA

El regulador es consciente de que mediante las *cookies* es posible recabar datos de los usuarios que posteriormente pueden utilizarse para la prestación de servicios, en particular, el envío de publicidad *on line*.

Y en relación con este extremo, resulta esencial la transparencia y el nivel de detalle de la información que debe darse al consumidor (incluida la forma de obtención del consentimiento previo de aquél), a la vista de que el consumidor medio no tiene por qué ser un gran conocedor de los aspectos técnicos que caracterizan un elemento como las *cookies*.

En este caso, la guía afirma que es necesario implantar un sistema en que el usuario sea plenamente consciente de la utilización de *cookies* (así como de otras tecnologías similares, tales como el *fingerprinting*) y de la finalidad de su uso, esto es, conociendo el destino de los datos que recaban). Éste es el fundamento sobre el que se construye la obligatoriedad legal para el prestador de servicios de obtener el consentimiento previo e informado de los usuarios de internet. En este sentido, la LSSI se erige en norma especial, por lo que su aplicación será prioritaria con respecto a la de la normativa sobre protección de datos, incluido su régimen sancionador, mientras que la normativa de protección de datos sí se aplicará en todo lo que tenga que ver con la finalidad y el tratamiento de los datos que se obtengan de las *cookies* utilizadas.

Debe tenerse en cuenta, además, la próxima entrada en vigor del conocido reglamento de *e-Privacy*, que incluirá nuevas obligaciones que exigirán la adaptación de la guía actual.

En cuanto a la regulación del uso de esta tecnología, debemos acudir al artículo 22.2 de la LSSI y al considerando 30 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, General de Protección de Datos (RGPD). En cuanto al primero, se permite el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos de los terminales de los usuarios, siempre y cuando se haya otorgado el consentimiento previo e informado sobre el uso de tales *cookies*. En cuanto a la forma de obtención de dicho consentimiento, se permite utilizar las herramientas que facilite el navegador. Y termina el precepto diciendo que debe permitirse el almacenamiento o acceso técnico que se necesite para transmitir comunicaciones o para prestar servicios expresamente solicitados por el destinatario.

Quedan exceptuadas del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 22.2 de la LSSI las *cookies* que se usen con alguna de las siguientes finalidades:

- Permitir únicamente la comunicación entre el equipo usado y la red.
- Estrictamente, prestar un servicio solicitado de modo expreso por el usuario.
- *Cookies* de sesión y de entrada (por ejemplo, formulario o carritos de la compra).
- *Cookies* de seguridad.
- *Cookies* de reproducción multimedia.
- *Cookies* de sesión para equilibrar la carga.
- *Cookies* de personalización de la interfaz de usuario.
- *Cookies* de *plug-in* para redes sociales, sólo si el usuario mantiene la sesión abierta.

No obstante, la agencia recomienda que también se informe del uso de este tipo de *cookies*, permitiendo que se haga de manera genérica.

En cuanto a las *cookies* polivalentes, el criterio de la guía es el de que sólo puedan utilizarse si el usuario acepta todas las finalidades que se agrupan.

Finalmente, a efectos informativos, la guía incorpora un glosario y una clasificación de *cookies* por su tipología; diferencia entre *cookies* propias y de terceros según la entidad que las gestione y entre *cookies* técnicas, de preferencias, de análisis o de publicidad comportamental, dependiendo de su finalidad. También distingue entre *cookies* de sesión y persistentes en función del plazo de tiempo que pueden permanecer activadas.

3. OBLIGACIONES: TRANSPARENCIA Y OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En lo que respecta a las obligaciones que ha de cumplir el responsable de la página web, la guía es clara al referirse a las dos obligaciones principales: la obligación de transparencia y la obligación de obtención del consentimiento.

3.1. Obligación de transparencia

Dentro de la *obligación de transparencia* cabe tener en cuenta las siguientes cuestiones:

G A _ P

a) ¿QUÉ INFORMACIÓN DEBE FACILITARSE?

En el momento de solicitar el consentimiento, se deberá ofrecer al usuario la siguiente información:

- Definición y función genérica de las *cookies*.
- Los tipos de *cookies* que se utilizan y las finalidades.
- Identificación de quién utiliza las *cookies*.
- El procedimiento para aceptar, denegar, revocar el consentimiento o eliminar las *cookies*.
- Las transferencias de datos a terceros países realizadas por el editor.
- La lógica utilizada, así como la importancia y las consecuencias previstas en los supuestos en que la elaboración de perfiles implique la toma de decisiones automatizadas con efectos jurídicos para el usuario o que lo afecten significativamente de modo similar.
- El periodo de conservación de los datos.
- Para el resto de los extremos propios del deber de información sobre protección de datos se permite la remisión a la política de privacidad.

b) ¿CÓMO DEBE MOSTRARSE LA INFORMACIÓN?

La referida información o política de *cookies* debe cumplir una serie de requisitos:

- 1) La *información debe ser concisa, transparente e inteligible*, pensando que va dirigida a un usuario medio.
- 2) Se ha de utilizar un *lenguaje claro y sencillo*, evitando el uso de frases que induzcan a confusión o desvirtúen la claridad del mensaje. No serían válidas, por ejemplo, frases como «usamos *cookies* para personalizar su contenido y crear una mejor experiencia para usted» o «para mejorar su navegación», u otras como «podemos utilizar sus datos personales para ofrecer servicios personalizados» para referirse a *cookies* publicitarias comportamentales. También deben evitarse términos como *puede, podría, algún, a menudo y posible*.

- 3) *La información ha de ser de fácil acceso por estos medios:*
 - *Formato de enlace:* por ejemplo, incrementando el tamaño del enlace a la información o utilizando una fuente diferente que distinga ese enlace del texto normal de la página web.
 - *El posicionamiento del enlace:* la localización del enlace que redirige a la información se podrá ubicar en zonas que capten la atención de los usuarios o en zonas donde el usuario medio espere encontrarlo por ser práctica general, habitual y generalizada para que ello ayude a garantizar su accesibilidad y visibilidad.
 - *La utilización de una denominación descriptiva e intuitiva para el enlace:* una expresión explicativa como, por ejemplo, «Política de cookies» en lugar de una expresión más general como «Política de privacidad» mejorará la accesibilidad y visibilidad del mensaje.
 - *Otras opciones:* mediante otras técnicas que ayuden a destacar la importancia de ese enlace informativo, tales como encuadrar o subrayar el enlace, desplegar un aviso cuando el puntero del ratón pasa sobre el enlace o utilizar una imagen sobre la que se pueda hacer clic y que anime a buscar más información.
- 4) *Información por capas.* Este sistema puede consistir en mostrar la información esencial en una primera capa cuando se accede a la página o aplicación y completarla en una segunda capa mediante una página en la que se ofrezca información más detallada y específica sobre las cookies.
 - a) En la primera capa, que para mayor claridad podrá identificarse con un término de uso común (como, por ejemplo, «cookies»), se incluiría la siguiente información:
 - Identificación del editor responsable del sitio web. No será necesaria la denominación social, siempre que sus datos identificativos completos figuren en otras secciones del sitio web.
 - Identificación de las finalidades de las cookies que se utilizarán.
 - Información sobre si las cookies son propias (del responsable de la página web) o también de terceros asociados a él, sin que sea necesario identificar a los terceros en esta primera capa.

- Información genérica sobre el tipo de datos que se van a recopilar y utilizar en caso de que se elaboren perfiles de los usuarios (por ejemplo, cuando se utilicen *cookies* de publicidad comportamental).
- Modo en el que el usuario puede aceptar, configurar y rechazar la utilización de *cookies*, con la advertencia, en su caso, de que, si se ejecuta una determinada acción, se entenderá que el usuario acepta el uso de las *cookies*.
- Un enlace claramente visible dirigido a una segunda capa informativa en la que se incluya una información más detallada, utilizando, por ejemplo, las expresiones «*Cookies*», «Política de *cookies*» o «Más información; pulsa aquí». Este mismo enlace podrá utilizarse para conducir al usuario al panel de configuración de *cookies* siempre que el acceso a él sea directo, esto es, que el usuario no tenga que navegar dentro de esta segunda capa para localizarlo.

En el caso de la primera capa, cabe resaltar los tres ejemplos concretos que propone la guía y que evidentemente van a servir de pauta a la hora de revisar y adaptar el aviso por parte del titular del sitio web.

- b) En la segunda capa se debería completar la información proporcionada en la primera capa y, en su caso, añadir la que falte de entre la que deba facilitarse al usuario (mencionada anteriormente en el apartado 3.1a).

3.2. Obligación de obtener el consentimiento

Para usar las *cookies* no exceptuadas será necesario en todo caso obtener el consentimiento del usuario. Este consentimiento podrá lograrse mediante fórmulas expresas, por ejemplo, haciendo clic en un apartado que indique «consiento», «acepto» u otros términos similares. También podrá conseguirse infiriéndolo de una acción inequívoca del usuario en un contexto en que a éste se le haya facilitado información clara y accesible sobre las finalidades de las *cookies* y de si van a ser utilizadas por el mismo editor o por terceros, de forma que quepa entender que el usuario acepta que se instalen *cookies*. En ningún caso la mera inactividad del usuario implica la prestación del consentimiento por sí misma. Para que éste sea válido será necesario que haya sido otorgado de forma libre e informada. Por tanto, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- a) Que las modalidades de prestación del consentimiento pueden ser variadas. La obtención del consentimiento mediante un clic del usuario o de una conducta similar no cabe duda de que facilitará la prueba de que se ha obtenido. Esta fórmula puede ser la más apropiada para usuarios registrados. La obtención del consentimiento mediante una conducta de los usuarios es admisible siempre que las condiciones en que ésta se produzca ofrezcan suficiente certeza de que se presta un consentimiento informado

e inequívoco (sin embargo, esta opción puede presentar mayores dificultades de prueba sobre su obtención; esto dependerá, fundamentalmente, de la claridad y accesibilidad de la información que se le haya ofrecido para obtenerlo y del tipo de acción del que se deduzca el consentimiento).

- b) Que el usuario deberá haber realizado algún tipo de acción.
- c) Que el usuario tendrá que haber sido informado previamente y con claridad de con qué acción suya concreta acepta que se utilicen las *cookies*.
- d) Que el usuario, en todo caso, podrá negarse a aceptar las *cookies*.
- e) Que la información que se otorgue al usuario para que pueda consentir en la utilización de las *cookies* se encuentre separada de la información que se le ofrezca sobre otros asuntos.

En el caso de la obligación de obtención del consentimiento, la guía se detiene en cuestiones adicionales como éstas:

- Quién debe prestar el consentimiento en general y en el caso de los menores de catorce años en particular o, lo que es lo mismo, el usuario del sitio web o el padre o tutor.
- Cuáles son las modalidades para la obtención del consentimiento.
- Cuándo pueden utilizarse e instalarse las *cookies*, es decir, cuando el usuario disponga de información sobre ellas y sobre la forma de obtener el consentimiento y, por tanto, no antes de ese momento.
- Cómo obtener el consentimiento cuando el editor presta servicios por medio de diferentes páginas.
- Cómo actuar en el caso de cambios en el uso de las *cookies* o la no necesidad de tener que volver a informar y obtener el consentimiento.
- Cómo proceder para actualizar y retirar el consentimiento.
- Qué hacer en caso de rechazo de *cookies* o la posibilidad de denegar el acceso al servicio en caso de que aquél ocurra.

4. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES EN LA UTILIZACIÓN DE LAS COOKIES

La guía contiene un último apartado sobre la responsabilidad de las partes en la utilización de las *cookies*; se distinguen dos situaciones en función de su finalidad:

4.1. Uso de cookies para finalidades exceptuadas

Si todas las cookies propias y de terceros utilizadas en la página web se emplean para finalidades exceptuadas, no será necesario informar de su utilización ni obtener el consentimiento. La agencia aconseja al editor, en los casos en que para prestar los servicios se utilicen cookies de terceros, acordar con éstos contractualmente que no tratarán los datos recabados mediante sus cookies con ninguna otra finalidad que no sea la de prestar el servicio al usuario; en caso contrario, sí sería necesario informar de estas otras finalidades y obtener el consentimiento.

4.2. Uso de cookies para finalidades no exceptuadas

Deben distinguirse los siguientes supuestos:

- Si el editor usa cookies propias para finalidades no exceptuadas, será responsable de informar y obtener el consentimiento del usuario.
- Si se emplean cookies de terceros para finalidades no exceptuadas, en principio, tanto el editor como las otras entidades intervinientes en la gestión de las cookies tendrán la responsabilidad de garantizar que los usuarios son informados y prestan su consentimiento. Por ello, en todos los casos en los que en el sitio web utilice cookies de terceros no exentas, el editor debe garantizar que se cumplen los deberes de informar y de obtener el consentimiento, bien obligando contractualmente a los terceros titulares de las cookies a cumplir dichos requisitos, bien con la instalación de plataformas para la gestión del consentimiento.

Los siguientes puntos deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad en los casos en que se utilicen cookies no exentas de terceros:

- a) Si el editor emplea una plataforma de gestión del consentimiento (*consent management platform* o CMP) que cree un entorno en el que las entidades intervinientes puedan cumplir con el deber de información y obtención del consentimiento, dichas entidades serán individual y directamente responsables de su cumplimiento.
- b) Cuando la información sobre las cookies de terceros se ofrece por medio de un enlace a la página de este tercero, el editor es responsable de garantizar que los enlaces no estén rotos, mientras que el titular de las cookies será responsable de la información incluida en el enlace (por ejemplo, que sea actual, que esté en castellano o en la lengua cooficial del sitio web, etcétera).
- c) Los titulares de las cookies serán responsables del tratamiento de los datos personales recabados con ellas en la medida en que determinen los fines y medios del tratamiento. Por ejemplo, anunciantes, agencias y otros agentes intervinientes podrán ser los

responsables si participan en la determinación de los fines y medios del tratamiento de esos datos, aunque las *cookies* sean de terceros. No obstante, si dichos agentes limitan su actuación a seguir las instrucciones de un responsable del tratamiento, tendrán la consideración de encargados del tratamiento con independencia de que usen *cookies* propias o de terceros.

- d) Cada responsable del tratamiento responderá del tratamiento concreto que realice. En los casos en los que concurran varios, cada uno asumirá su respectiva responsabilidad. Por ejemplo, el editor será responsable de cumplir el deber de información y consentimiento respecto de las *cookies* de terceros en los tratamientos de los que sea responsable. Pero su responsabilidad no se extenderá a los tratamientos de datos que el tercero titular de las *cookies* efectúe sin la intervención del editor (por ejemplo, tratamientos realizados por terceros con la finalidad de ofrecer servicios de creación de audiencias elaborados a partir del tratamiento de los datos obtenidos mediante *cookies*).

En este sentido es importante señalar que, tal y como declara la Agencia Española de Protección de Datos, la responsabilidad administrativa por el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la guía corresponde a cada parte obligada y no es desplazable contractualmente.

Por último, no queda sino acabar como empezamos el presente análisis, es decir, recomendando revisar las *cookies* que hasta la fecha se vienen utilizando con el objeto de identificar las que se estén usando, analizar si son propias o de terceros, de sesión o persistentes y concretar su función para poder decidir cómo proceder. No hay que olvidar, obviamente, la necesidad de efectuar periódicamente esta revisión para actualizar la información disponible sobre las *cookies*.