



EL CONSENTIMENT EN L'ÚS DE LES *COOKIES*

TREBALL DE FI DE GRAU

Nom i cognoms: **Carme Roig Torres**

NIUB: **16137774**

Àrea temàtica: **Dret Constitucional**

Tutora: **Esther Mitjans Perelló**

Curs: **2014-2015 (2n Semestre)**

SUMARI

INTRODUCCIÓ	3
1. TIPUS DE <i>COOKIES</i>	5
2. REGULACIÓ.....	7
2.1. Aproximació a la normativa europea	7
2.2. Regulació a Espanya	13
3. OBLIGACIONS LEGALS	16
3.1. Deure d'informació	16
3.1.1. La qualitat de la informació.....	17
3.1.2. L'accessibilitat i visibilitat de la informació	18
3.2. Obtenció del consentiment	20
3.2.1. Modalitats d'obtenció del consentiment.....	23
3.2.2. Les excepcions al consentiment.....	26
3.2.2.1. <i>Cookies necessàries per a la transmissió a través d'una xarxa de comunicacions electròniques</i>	29
3.2.2.2. <i>Cookies necessàries per a la prestació d'un servei expressament sol·licitat per l'usuari</i>	29
4. RESPONSABILITAT DE LES PARTS EN LA UTILITZACIÓ DE LES <i>COOKIES</i>	31
CONCLUSIONS.....	33
BIBLIOGRAFIA	35
ANNEXOS.....	40
Annex 1	40
Annex 2.....	41
Annex 3.....	42

INTRODUCCIÓ

La protecció de dades de caràcter personal és un dret fonamental autònom¹ que ha adquirit especial rellevància en el desenvolupament de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC). Actualment, aquestes juguen un paper fonamental en la nostra societat, i especialment, cal destacar Internet, que és un mitjà on es realitza molta inversió publicitària. Per això, cal tenir present que la major part d'aquesta publicitat es duu a terme a través de les *cookies*².

Les *cookies* es poden definir com dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades, és a dir, són arxius que es descarreguen a l'equip terminal d'un usuari amb l'objectiu d'emmagatzemar dades que podran ser actualitzades i recuperades per l'entitat responsable de la seva instal·lació (o dit d'una altra manera, pels servidors i pàgines web).

Tenint en compte el que s'acaba d'exposar, cal dir que l'ús de les *cookies* comporta la captació d'una gran quantitat d'informació sobre els hàbits d'ús d'Internet de l'usuari. Per aquest fet, convé recalcar que aquests arxius poden suposar una violació de la privacitat, i en conseqüència, de l'anomenat dret a la protecció de dades, de les persones usuàries.

D'aquesta manera, es va posar de manifest la necessitat que els prestadors de serveis a Internet obtinguin el consentiment informat dels usuaris per a la instal·lació i utilització de *cookies*. En altres paraules, es va fer una especial referència a l'obligació que els usuaris siguin conscients de l'ús de les seves dades i de les finalitats per a les quals són utilitzades.

Per tal de poder entendre d'una manera més definida com s'ha d'obtenir el consentiment dels usuaris en l'ús de les *cookies*, i per comprovar que l'anomenada declaració de voluntat és lliure i informada, he decidit tractar aquest tema. Així doncs, a continuació, explicaré amb caràcter general la metodologia que seguiré a l'hora de realitzar el treball.

¹ En aquest sentit, es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de novembre de 2000.

² Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain. *Guía sobre el uso de las cookies* [en línia]. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2013. <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf>. [Consulta: 24 de febrer de 2015.]

D'una banda, s'exposaran els principals tipus de *cookies* que existeixen. D'altra banda, s'analitzarà el marc jurídic aplicable a les *cookies* en la Unió Europea, així com la transposició que s'ha fet d'aquesta normativa a l'estat espanyol. En aquest punt, convé destacar que es farà un esment específic a l'important canvi legislatiu que s'ha produït en matèria d'obtenció del consentiment.

A més a més, a banda d'això, es realitzarà una anàlisi de les obligacions legals que, en relació amb l'ús de les *cookies*, s'han imposat tant en la normativa europea com en l'espanyola. Concretament, les esmentades obligacions són: el deure d'informació i l'obtenció del consentiment.

No obstant això, delimitant una mica més el tema del treball, m'agradaria comentar que no analitzaré el consentiment dels menors d'edat ni el de les persones necessitades d'especial protecció.

1. TIPUS DE COOKIES

Les *cookies* es poden classificar per categories³:

- Segons l'entitat que les gestioni, podem diferenciar:
 - *Cookies* pròpies → Són aquelles que s'envien a l'equip terminal⁴ de l'usuari pel titular del lloc web corresponent.
 - *Cookies* de tercers → Són aquelles que s'envien a l'equip terminal de l'usuari per empreses diferents del titular del lloc web des d'on es descarreguen.
- Segons el termini de temps que romanen activades al dispositiu de l'usuari, podem distingir:
 - *Cookies* de sessió → Es defineixen com les dissenyades per recollir dades únicament durant el temps en què l'usuari accedeix a una pàgina web.
 - *Cookies* persistents (o també conegudes com permanents) → Són aquelles en què les dades segueixen emmagatzemades al terminal i poden ser tractades durant tot el període per al qual han estat dissenyades. Aquest termini pot anar d'uns minuts a diversos anys.
- Segons la seva finalitat, podem diferenciar:
 - *Cookies* tècniques → Són aquelles que permeten a l'usuari navegar per un lloc web i utilitzar les diferents opcions o serveis que en ell existeixin. En aquest cas, podem destacar, per exemple, les que possibiliten recordar els elements que integren una cistella de compra.
 - *Cookies* de personalització → Són aquelles que permeten a l'usuari accedir al lloc web amb algunes característiques de caràcter general predefinides. Un exemple seria l'idioma.

³ Extret de: Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, Leticia. «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.». *Revista "Actualidad Jurídica Uría Menéndez"*, setembre-desembre 2013, núm. 35, pàg. 94.

⁴ De conformitat amb el que s'estableix a la *Guía sobre el uso de las cookies*, l'equip terminal es pot definir com «(...) el dispositivo en que se descarga la cookie y desde el cual el usuario accede al servicio, el cual puede ser un ordenador personal, un teléfono móvil, un tablet, etc.».

- *Cookies* d'anàlisi → Són aquelles que permeten al responsable de les mateixes el seguiment del comportament dels usuaris dels llocs web als quals estan vinculades. La informació que es recull mitjançant aquest tipus de *cookies* s'utilitza en el mesurament de l'activitat dels llocs web i per a l'elaboració de perfils de navegació dels usuaris d'aquests llocs web.
- *Cookies* publicitàries → Són aquelles que permeten la gestió de manera eficaç dels espais publicitaris del lloc web en funció de criteris com el contingut o la freqüència amb què es mostren els anuncis.

Dins d'aquest tipus, podem destacar les *cookies* de publicitat comportamental, que són aquelles que permeten la gestió dels espais publicitaris en funció, en aquest cas, de la informació recollida sobre el comportament de l'usuari i els seus hàbits, de manera que s'ofereixi a l'usuari publicitat adaptada al seu perfil.

2. REGULACIÓ

2.1. Aproximació a la normativa europea

L'àmbit de la privacitat i protecció de dades ha estat una constant preocupació per a les autoritats europees, donat que, mitjançant les *cookies*, s'ha permès el seguiment dels usuaris i la captació de les seves dades de caràcter personal⁵.

En aquest sentit, cal destacar que al 1999, el Grup de Treball de l'Article 29⁶ (en endavant, GT29) ja va adoptar la Recomanació 1/1999 sobre el tractament invisible i automàtic de dades personals a Internet efectuat per *software* i *hardware*. En aquest acte legislatiu no vinculant, es disposava que s'hauria d'informar a l'usuari de la instal·lació de *cookies*, de les dades concretes que es pretenien recollir i amb quin objectiu, així com del període de validesa de la *cookie*.

També, s'establí que l'usuari hauria de tenir la possibilitat d'acceptar o rebutjar l'enviament o emmagatzematge d'una *cookie* amb la seva totalitat. Per això, s'explicava que s'hauria d'emmagatzemar de forma normalitzada i permetre un esborrament selectiu des de l'ordinador de l'usuari.

Actualment, és fonamental la Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de juliol de 2002, relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques (d'ara endavant, Directiva 2002/58/CE), que ha estat modificada per la Directiva 2009/136/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2009⁷ (a partir d'ara, Directiva 2009/136/CE).

⁵ ÁLVAREZ HERNANDO, Javier. «Publicidad, comunicaciones comerciales y protección de datos.». *Grandes Tratados. Practicum Protección de Datos 2015*, gener 2014, pàg. 30.

⁶ Aquest grup de treball es va crear en virtut de l'article 29 de la Directiva 95/46/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (en endavant, Directiva 95/46/CE). És un òrgan consultiu independent integrat per les Autoritats de Protecció de Dades de tots els Estats membres, el Supervisor Europeu de Protecció de Dades i la Comissió Europea. Les seves funcions són, entre d'altres, emetre dictàmens sobre el nivell de protecció existent dins de la Comunitat Europea i en tercers països, i formular recomanacions sobre qualsevol assumpte relacionat amb la protecció de dades a la Unió Europea.

⁷ Directiva 2009/136/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2009, per la qual es modifiquen la Directiva 2002/22/CE relativa al servei universal i els drets dels usuaris en relació amb les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques, la Directiva 2002/58/CE

Fruit d'aquesta reforma, cal observar el canvi que s'ha produït en l'article 5.3 de l'anomenada Directiva 2002/58/CE. La primera versió d'aquest precepte⁸ es limitava a exigir que es facilités a l'usuari informació suficient sobre l'ús de *cookies* per part del servidor (sistema *opt-out* de la instal·lació de *cookies*). A més a més, també establí que el responsable del tractament de dades li havia d'oferir el dret a negar-se a aquest tractament⁹.

Per tant, aquest règim consistia en què l'usuari suficientment informat era lliure de decidir si acceptava la condició establerta pel lloc web i, en conseqüència, descarregava el contingut que li interessava, o contràriament, no acceptava l'anomenada condició i no descarregava el contingut¹⁰.

No obstant això, a causa de l'evolució tecnològica, s'ha intensificat l'ús de les *cookies*, motiu pel qual el Parlament i el Consell europeus van considerar que aquest sistema que s'acaba d'explicar era insuficient, i per això, van decidir reforçar la protecció de la intimitat dels usuaris d'Internet atribuint un paper fonamental al consentiment.

D'aquesta manera, cal assenyalar que actualment, aquest article 5.3 de la Directiva 2002/58/CE¹¹ disposa que per a la instal·lació de les *cookies*, cal que

relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperació en matèria de protecció dels consumidors.

⁸ «Los Estados miembros velarán por que únicamente se permita el uso de las redes de comunicaciones electrónicas con fines de almacenamiento de información o de obtención de acceso a la información almacenada en el equipo terminal de un abonado o usuario a condición de que se facilite a dicho abonado o usuario información clara y completa, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE y de que el responsable del tratamiento de los datos le ofrezca el derecho de negarse a dicho tratamiento. La presente disposición no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar o facilitar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de proporcionar a una empresa de información un servicio expresamente solicitado por el usuario o el abonado.».

⁹ PEGUERA POCH, Miguel. *El régimen legal de las "cookies"* [en línia]. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2013. <<http://www.apd.cat/media/2712.pdf>> [Consulta: 10 de març de 2015].

¹⁰ APARICIO SALOM, Javier; SANFULGENCIO TOMÉ, Sergio. «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la agencia española de protección de datos.». *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11, Estudios, març 2014, pàg. 3.

¹¹ «Los Estados miembros velarán por que únicamente se permita el almacenamiento de información, o la obtención de acceso a la información ya almacenada, en el equipo terminal de un abonado o usuario, a condición de que dicho abonado o usuario haya dado su consentimiento después de que se le haya facilitado información clara y completa, en particular

l'usuari hagi prestat el seu consentiment després que se li hagi facilitat informació clara i complerta (sistema *opt-in* de la instal·lació de *cookies*). En altres paraules, aquest precepte ara imposa no només l'obligació d'informar a l'interessat i de facilitar-li un mitjà senzill per a oposar-se a la instal·lació de *cookies*, sinó que, a més a més, prèviament a la instal·lació, s'ha de sol·licitar la seva autorització per al tractament de les dades¹².

En aquest sentit, cal dir que el Considerant 66 de la Directiva 2009/136/CE¹³ també al·ludeix a la instal·lació de *cookies* o dispositius similars, i ho fa recalcant la necessitat que els usuaris rebin, de la manera més senzilla possible, no solament un dret de negativa a través del qual puguin oposar-se a la utilització de *cookies*, sinó també una informació clara i completa quan realitzin una acció que pugui donar lloc a l'esmentat emmagatzematge o obtenció d'accés¹⁴.

Per això, cal destacar que el GT29 es refereix a aquesta exigència com el consentiment informat¹⁵. Concretament, en el seu Dictamen 2/2010 sobre publicitat comportamental en línia¹⁶ (en endavant, Dictamen 2/2010), dedueix que el consentiment donat per l'usuari ha de ser previ i informat, indicant que:

«(...) Del enunciado literal del artículo 5, apartado 3, se infiere que: i) el consentimiento debe obtenerse antes de instalar el cookie o recoger la

sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de que el proveedor de un servicio de la sociedad de la información preste un servicio expresamente solicitado por el abonado o el usuario.»

¹² APARICIO SALOM; SANFULGENCIO TOMÉ, op. cit., pàg. 4.

¹³ *«Puede que haya terceros que deseen almacenar información sobre el equipo de un usuario o acceder a información ya almacenada, con distintos fines, que van desde los fines legítimos (como algunos tipos de cookies) hasta aquellos que suponen una intrusión injustificada en la esfera privada (como los programas espía o los virus). Resulta, por tanto, capital que los usuarios reciban una información clara y completa cuando realicen una acción que pueda dar lugar a dicho almacenamiento u obtención de acceso. El modo en que se facilite la información y se ofrezca el derecho de negativa debe ser el más sencillo posible para el usuario. (...)»*

¹⁴ PÉREZ BES, Francisco. *La publicidad comportamental online*. 1ª Edició. Barcelona: Editorial UOC, 2012. pàg. 48. ISBN 978-84-9788-998-8.

¹⁵ LÓPEZ MCVAY, Alexandre. *La publicidad online: motor económico con riesgos legales*. Espanya: Bubok, 2014. pàg. 45. ISBN 978-84-686-5299-3.

¹⁶ Dictamen 2/2010 sobre publicitat comportamental en línia, adoptat el 22 de juny de 2010 pel Grup de Treball de l'Article 29.

información almacenada en el equipo terminal, lo que normalmente se entiende como consentimiento previo y que ii) el consentimiento fundamentado solo puede obtenerse si se ha dado al usuario información previo sobre el envío y el cometido del cookie. En este sentido, es importante considerar que, para que el consentimiento sea válido en cualquier circunstancia en que se dé, debe ser concreto y libremente dado y constituir una indicación informada de los deseos del usuario. El consentimiento debe obtenerse antes de recoger los datos personales como medida necesaria para garantizar que las personas objeto de los datos sean conscientes de que consienten y de aquello a lo que dan su consentimiento. Además, el consentimiento debe ser revocable. (...)».

Altrament, cal tenir en compte que el mateix GT29 va publicar el Dictamen 16/2011 sobre la recomanació de millors pràctiques d'EASA/IAB sobre publicitat comportamental en línia¹⁷, el qual estableix que el consentiment ha de ser fonamentat. En aquest sentit, explica que aplicat a la pràctica:

«(...) esto significa que el usuario debe haber dado su consentimiento para que se almacene información o se acceda a la información almacenada en su equipo terminal tras haber sido informado con claridad y en detalle de conformidad con la Directiva 95/46/CE, entre otras cosas, sobre los fines del tratamiento de los datos. Por tanto, para cumplir la legislación, el correspondiente aviso informativo debe suministrarse directamente al usuario de forma clara y comprensible antes de que los datos sean tratados. No basta que la información esté «disponible» en algún punto del sitio web que el usuario visita. (...)».

Així mateix, és important fer referència al *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*, adoptat el 2 d'octubre de 2013 pel Grup de Treball de l'Article 29 (a partir d'ara, *Working Document 02/2013*), ja que facilita la interpretació que ofereix en matèria d'informació i consentiment relacionats amb la instal·lació i/o utilització de *cookies* de forma lícita i harmonitzada.

Per aquest motiu, indica diferents consells per a interpretar: la Directiva 2009/136/CE; el Dictamen 15/2011 sobre la definició del consentiment, adoptat el 13 de juliol de 2011 pel Grup de Treball de l'Article 29 (en endavant, Dictamen 15/2011); el Dictamen 4/2012 sobre l'exempció del requisit de consentiment de *cookies*, adoptat el 7 de juny de 2012 pel Grup de Treball de l'Article 29 (d'ara endavant, Dictamen 4/2012); i el Dictamen 2/2010¹⁸.

¹⁷ Dictamen 16/2011 sobre la recomanació de millors pràctiques d'EASA/IAB sobre publicitat comportamental en línia, adoptat el 8 de desembre de 2011 pel Grup de Treball de l'Article 29.

¹⁸ LÓPEZ McVAY, op. cit., pàg. 47.

També, cal dir que el *Working Document 02/2013* disposa diferents requisits per tal que el consentiment atorgat per l'usuari en matèria de *cookies* pugui considerar-se com a vàlid. Aquestes condicions són¹⁹:

- Informació específica (*Specific information*) → Per ser vàlid el consentiment, el GT29 assenyala que aquest ha de ser específic i estar basat en informació apropiada. D'aquesta manera, el mecanisme per atorgar el consentiment haurà de preveure un avís clar, complet i visible sobre l'ús de les *cookies* en el moment i lloc en què s'ha de sol·licitar el consentiment, com per exemple, a l'inici de la navegació de l'usuari.

A l'accedir al lloc web, aquesta informació ha de ser accessible en tot moment, i a més a més, la pàgina web haurà d'incloure informació sobre l'ús de les *cookies*, així com, si s'escau, respecte l'ús de les *cookies* de tercers i accés de tercers a la informació emmagatzemada per les *cookies*. Igualment, els usuaris també han d'estar informats sobre les formes en què poden expressar els seus desitjos respecte les *cookies*, és a dir, com poden acceptar totes, algunes o cap de les *cookies* i com canviar aquesta preferència en el futur.

- Moment d'instal·lació de les *cookies* (*Timing*) → Com a regla general, per tal que el consentiment sigui vàlid, aquest ha de ser previ a l'inici del tractament de les dades. Específicament, el GT29 assenyala que això significa que el consentiment ha de ser atorgat abans que les *cookies* siguin instal·lades o llegides.
- Comportament actiu (*Active choice*) → Per tal que el consentiment sigui vàlid, aquest ha de ser inequívoc, motiu pel qual no ha d'haver cap dubte sobre la intenció de l'usuari. Així mateix, per ser vàlid, el consentiment haurà d'haver estat manifestat mitjançant una indicació activa de la voluntat de l'usuari.

D'aquesta manera, el GT29 admet diferents modalitats per presentar la informació. Tal com es disposa al mateix *Working Document 02/2013*, es poden incloure «(...) *splash screens, banners, modal dialog boxes, browser settings, etc. (...)*». No obstant això, exigeix que el lloc web sigui capaç de

¹⁹ Ibid, pàg. 47-49.

determinar de manera inequívoca que l'usuari ha prestat el seu consentiment específic i informat sobre l'ús de les *cookies* a través d'una acció positiva o d'un comportament actiu.

En concret, explica que l'usuari pot donar el seu consentiment fent clic a un enllaç, a una casella o a un espai on es presenta la informació, o realitzant qualsevol altre comportament actiu mitjançant el qual l'operador del lloc web pugui determinar de manera inequívoca que aquest consentiment és específic i informat. Més específicament, el GT29 entén que un comportament actiu és una acció que es pot traçar entre l'usuari i el lloc web, com fer clic a un enllaç, a una imatge o contingut de la pàgina web d'entrada...

Per això, si l'usuari entra al lloc web on se li ha mostrat informació sobre l'ús de *cookies*, però no inicia un comportament actiu, sinó que simplement es queda a la pàgina d'entrada sense cap comportament actiu addicional, és difícil argumentar que el consentiment ha estat donat de manera inequívoca.

Finalment, la informació ha d'estar present en el lloc web i no desaparèixer fins que l'usuari hagi expressat el seu consentiment.

- Elecció lliure (*Freely given*) → El consentiment només podrà ser vàlid si l'usuari pot exercir una elecció real i sense risc d'engany, intimidació, coacció o conseqüències negatives significatives si no presta el seu consentiment.

Per tant, cal dir que l'elecció de l'usuari respecte l'acceptació o no de la instal·lació d'algunes, totes o cap *cookie* ha de ser certa. Concretament, l'usuari ha de tenir la possibilitat d'acceptar o rebutjar algunes de les *cookies*, i no només la totalitat.

També, cal destacar, en virtut del Considerant 25 de la Directiva 2002/58/CE, que si l'usuari no dóna el seu consentiment, l'editor del lloc web pot limitar l'accés als continguts específics, però no és admissible la limitació a l'accés general dels continguts del lloc web²⁰. En aquest sentit, el *Working Document 02/2013* posa l'exemple dels llocs web de comerç electrònic, establint que si la

²⁰ Ibid, pàg. 49.

principal finalitat d'aquests és vendre productes, en cas que no s'acceptin les *cookies*, no han d'impedir que l'usuari compri productes en aquest lloc web.

Per últim, cal assenyalar que el Dictamen 2/2010 destaca que si, com a resultat de la col·locació i recuperació d'informació mitjançant *cookies* o altres tecnologies similars, la informació recollida poden considerar-se dades personals, a més de l'article 5.3 de la Directiva 2002/58/CE (la qual, tal com ja s'ha exposat anteriorment, ha estat modificada per la Directiva 2009/136/CE), serà aplicable la Directiva 95/46/CE.

2.2. Regulació a España

A Espanya, les *cookies* es troben regulades a l'apartat 2 de l'article 22 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (d'ara endavant, LSSI), que ha estat modificat pel Reial Decret-Llei 13/2012, de 30 de març, pel qual es transposen directives en matèria de mercats interiors d'electricitat i gas i en matèria de comunicacions electròniques, i pel qual s'adopten mesures per a la correcció de les desviacions per desajustos entre els costos i els ingressos dels sectors elèctric i gasista (a partir d'ara, RDL 13/2012).

Per això, aquí, cal fer una breu referència a l'abast d'aquest precepte, tot i que serà analitzat de manera més detallada en el següent punt d'aquest treball. El primer paràgraf de l'anomenat article 22.2 de la LSSI estableix que:

«Els prestadors de serveis poden utilitzar dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades en equips terminals dels destinataris, a condició que aquests hagin donat el seu consentiment després que se'ls hagi facilitat informació clara i completa sobre la seva utilització, en particular, sobre els fins del tractament de les dades, d'acord amb el que disposa la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.»

Concretament, cal destacar, d'una banda, que aquesta norma s'aplica a qualssevol "*dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades*". Amb aquesta denominació, s'inclouen les *cookies* i altres tecnologies similars, com poden ser els *local shared objects*, que també s'anomenen *flash cookies*²¹. Ara

²¹ Tenint en compte el que es disposa a la *Guía sobre el uso de las cookies*, els *local shared objects* (en endavant, LSO) o *flash cookies* són «(...) un tipo de cookies que pueden almacenar mucha más información que las cookies tradicionales. Al ser independientes del navegador

bé, de manera estricta, cal matisar que les *cookies* són el tipus més comú i conegut entre els diversos dispositius de captació de dades existents actualment o que puguin desenvolupar-se en el futur²².

D'altra banda, cal assenyalar que quan aquest article menciona l'expressió "*equips terminals dels destinataris*", està fent referència, tal com s'ha exposat en la primera nota a peu de pàgina d'aquest treball, per exemple, a un ordinador, un telèfon mòbil o una tauleta electrònica d'una persona física o jurídica que utilitza, sigui o no per motius professionals, un servei de la societat de la informació.

Tot seguit, i continuant amb el marc legal de l'ordenament jurídic espanyol en matèria de *cookies*, és fonamental examinar la *Guía sobre el uso de las cookies* (en endavant, *Guía sobre el uso de las cookies* o la Guia), que va ser presentada per l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (a partir d'ara, AEPD) el 29 d'abril de 2013 arran de la modificació de l'article 22.2 de la LSSI mitjançant el RDL 13/2012.

En aquest sentit, cal assenyalar que l'AEPD va considerar convenient l'elaboració d'aquesta Guia perquè la nova regulació va generar molts dubtes sobre la seva interpretació tant a les empreses que operen a Internet com als usuaris²³.

A més a més, per una banda, cal tenir present que l'anomenada *Guía sobre el uso de las cookies* pren com a base la *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies*²⁴, elaborada per la *Information Commissioner's Office* de Regne Unit al maig de 2012²⁵.

utilizado son más difíciles de localizar, visualizar o borrar y pueden utilizarse, por ejemplo, para regenerar cookies estándar.».

²² LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 94.

²³ Ibid, pàg. 93.

²⁴ Information Commissioner's Office. *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies* [en línia]. Wilmslow: Information Commissioner's Office, 2012. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1545/cookies_guidance.pdf>. [Consulta: 17 de març de 2015.]

²⁵ LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 64.

Per altra banda, cal dir que la *Guía sobre el uso de las cookies* no és la primera guia pràctica elaborada per una autoritat europea de protecció de dades, si bé el que distingeix a la Guia espanyola d'altres precedents (com pot ser, per exemple, l'anomenada *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies*) és que ha estat elaborada per l'AEPD conjuntament amb les associacions Adigital, Autocontrol e IAB Spain²⁶.

Per això, la *Guía sobre el uso de las cookies* ha estat anunciada i presentada per la pròpia AEPD com «(...) *la primera guía en Europa elaborada conjuntamente por la autoridad de protección de datos y los representantes de la industria. (...)*»²⁷.

Finalment, cal destacar que la Guia recull les orientacions, garanties i obligacions que la indústria es compromet a difondre i aplicar per adaptar la instal·lació d'aquest tipus d'arxius a la legislació vigent²⁸.

²⁶ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 93.

²⁷ Agencia Española de Protección de Datos. *La AEPD presenta la primera guía en Europa sobre el uso de cookies elaborada junto a los representantes de la industria* [en línia]. <https://www.agpd.es/portaleswebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2013/notas_prensa/com_mon/abril/130429_NP_Guia_Cookies.pdf>. [Consulta: 17 de març de 2015.]

²⁸ Ibid.

3. OBLIGACIONS LEGALS

La normativa espanyola, concretament, l'article 22.2 de la LSSI, imposa dos obligacions en l'ús de les *cookies*, les quals són: el deure d'informació i l'obtenció del consentiment.

3.1. Deure d'informació

Tal com ja s'ha explicat al punt 2.2 d'aquest treball, i reiterant el que s'acaba d'exposar, és fonamental en l'ús de les *cookies* l'anomenat article 22.2 de la LSSI. El primer paràgraf d'aquest precepte exigeix que s'ha de facilitar als usuaris informació suficientment clara i completa sobre les *cookies*, cosa que s'ha de realitzar de conformitat amb la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD)²⁹.

Concretament, la informació que exigeix la LOPD està detallada al seu article 5, el qual, aplicat a les *cookies*, inclou, entre d'altres aspectes: la identitat del responsable (tant en *cookies* pròpies com de tercers), les finalitats de les *cookies* i els drets que corresponen a l'usuari. A més a més, tal com estableix Leticia López-Lapiente Gutiérrez³⁰, «(...) *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 (...)*».

A banda d'això, convé destacar que en matèria d'informació, la *Guía sobre el uso de las cookies*, en lloc de remetre's directament a la LOPD, desenvolupa alguns aspectes addicionals del deure d'informació, entre els quals cal assenyalar els següents³¹:

- En el cas que un usuari consenti l'ús de les *cookies*, la informació sobre com revocar aquest consentiment i eliminar les *cookies* haurà d'estar a la seva disposició de forma accessible i permanent.

²⁹ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 95-96.

³⁰ Ibid, pàg. 96.

³¹ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 65.

- A més a més, la Guia recomana que per tal que els usuaris puguin prestar un consentiment vàlid, és aconsellable que la informació sobre les *cookies* quedi accessible en tot moment.

Per tot això, la informació s'haurà de mostrar de conformitat amb els dos requisits que estableix el GT29 al seu Dictamen 15/2011, els quals afecten, d'una banda, a la qualitat de la informació, i d'altra banda, a la accessibilitat i visibilitat de la mateixa³².

3.1.1. La qualitat de la informació

Pel que fa a la qualitat de la informació que es faciliti, i atès que, tal com estableix Alexandre López McVay³³, «(...) *en la actualidad el nivel de conocimiento de los usuarios sobre las cookies y su gestión es muy reducido (...)*», la Guia recomana tenir en compte³⁴:

- El tipus d'usuari mitjà al qual es dirigeix el lloc web, de manera que s'adapti convenientment el llenguatge utilitzat en cada cas. Per aquest fet, s'ha d'evitar terminologia tècnica innecessària i buscar la major claredat possible.
- El disseny i la mecànica del lloc web, perquè la informació sobre *cookies* encaixi de la forma més harmonitzada possible amb la resta de continguts de la pàgina web. D'aquesta manera, és més probable que la informació sigui llegida per l'usuari.

³² Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 65.

³³ LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 65. En el mateix sentit, apareix a: Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.

³⁴ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96; LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 65; i CRESPO VITORIQUE, Isabela. «¿Conoce la nueva regulación sobre *cookies* y protección de datos?». *Análisis GA&P*, maig 2013, pàg. 2.

3.1.2. L'accessibilitat i visibilitat de la informació

En relació a l'accessibilitat i visibilitat de la informació sobre *cookies*, la Guia proposa diferents formes per potenciar aquesta informació, les quals són³⁵:

- A través del format de l'enllaç → En aquest cas, es recomana, per exemple, incrementar la mida de l'enllaç que dirigeix a la informació o destacar-lo utilitzant una font diferent que distingeixin aquest enllaç del text normal de la pàgina web i d'altres enllaços.
- Mitjançant el posicionament de l'enllaç → Aquí, aconsella localitzar l'enllaç en llocs visibles que captin l'atenció dels usuaris.
- A través de la utilització d'una denominació descriptiva i intuïtiva per a l'enllaç → En aquest cas, suggereix etiquetar l'enllaç utilitzant una bona expressió explicativa, com per exemple, "Política de *cookies*", en lloc d'una expressió general com "Política de privacitat".
- A través d'altres tècniques que ajudin a destacar la importància d'aquest enllaç informatiu → Serien, per exemple, enquadrar o subratllar l'enllaç, desplegar un avís quan el punter del ratolí passa sobre l'enllaç, o utilitzar una imatge o icona sobre la qual es pugui fer clic i que animi a buscar més informació.

No obstant això, cal tenir en compte que existeixen múltiples sistemes per oferir la informació obligatòria, i en tot cas, tal com es veurà al punt 3.2.1 d'aquest treball, sol·licitar el consentiment. Entre els mètodes més comuns, la *Guía sobre el uso de las cookies* destaca³⁶:

- El subministrament d'informació a través d'una barra d'encapçalament o al peu de pàgina, de forma suficientment visible.
- Si es sol·licita l'alta en un servei, o abans de descarregar un servei o una aplicació, que impliquin l'ús de *cookies*, es podrà incloure aquesta informació juntament amb la política de privacitat, o en els termes i

³⁵ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, Isabela. «¿Conoce la nueva regulación sobre *cookies* y protección de datos?». *Análisis GA&P*, maig 2013, pàg. 2; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 65-66.

³⁶ Ibid.

condicions de l'ús del servei, encara que de manera destacada i separada (per exemple, mitjançant un hiperenllaç diferent). En aquest punt, cal ressaltar que l'AEPD, a la nota aclaridora de l'article *Nuevo vuelco en materia de cookies*³⁷, puntualitza que:

«(...) Como claramente se deduce del propio tenor, la referencia a un hiperenlace distinto se hace a título de ejemplo, no como una exigencia. Lo requerido es que la información esté destacada y separada de la referida a los términos y condiciones de uso y a la política de privacidad, no que se acceda a ella por un hiperenlace individualizado. (...)».

- o Crear un sistema d'informació per capes. En aquest cas, poden distingir-se, com a mínim, dos capes, el contingut mínim de les quals s'exposarà seguidament:
 - En la primera capa (això és, el *pop up*³⁸ que es veu a l'entrar en la majoria de llocs webs), s'haurien d'incloure aspectes bàsics com:
 - L'advertència als usuaris sobre l'ús de les *cookies* no exceptuades que s'instal·len al navegar pels llocs web o a l'utilitzar el servei sol·licitat.
 - Les finalitats de les *cookies* que s'instal·len, amb informació sobre si es tracta de *cookies* pròpies o de tercers.
 - L'advertència que si es realitza una determinada acció s'entendrà que l'usuari accepta l'ús de les *cookies*.
 - Un enllaç a una segona capa informativa en la qual s'indica una informació més detallada sobre la primera capa.

Un exemple d'aquesta primera capa el trobem a l'Annex 1. Com pot observar-se, la pàgina web de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (a partir d'ara, ICAB) ofereix informació sobre l'ús per l'editor i per tercers de *cookies* analítiques, entre d'altres.

³⁷ La referència bibliogràfica d'aquesta nota aclaridora és: Agencia Española de Protección de Datos. «Nota aclaratoria de la AEPD al artículo "Nuevo vuelco en materia de cookies"». A: *Enatic* [en línia]. 18 de setembre de 2014. <<http://www.abogacia.es/2014/09/18/nota-aclaratoria-de-la-aepd-al-articulo-nuevo-vuelco-en-materia-de-cookies/>>. [Consulta: 20 d'abril de 2015.]

³⁸ De conformitat amb el que s'estableix a la *Guía sobre el uso de las cookies*, el *pop up* es pot definir com un «(...) formato que aparece como una ventana emergente sobre una ventana del navegador abierta.». Generalment, té un contingut publicitari.

- En la segona capa (és a dir, el que seria la “Política de *Cookies*” o equivalent), s’hauria de detallar la següent informació:
 - La definició i funció de les *cookies*.
 - El tipus de *cookies* que utilitza la pàgina web i la seva finalitat.
 - La forma de desactivar o eliminar les *cookies* descrites, així com la forma de revocació del consentiment ja prestat.
 - La identificació de qui utilitza les *cookies*, o sigui, si la informació obtinguda per les *cookies* és tractada només per l’editor i/o també per tercers amb els quals l’editor hagi contractat la prestació d’un servei que suposi l’ús de *cookies*, amb identificació d’aquests últims.

A l’Annex 2, i seguint amb l’exemple l’ICAB, apareix la segona capa d’aquest lloc web, la qual conté tots els punts que s’acaben d’enumerar.

3.2. Obtenció del consentiment

En primer lloc, cal assenyalar que és necessari obtenir el consentiment per a la instal·lació i utilització de *cookies* no exceptuades³⁹. Per això, i abans d’aprofundir en aquest punt, cal analitzar el consentiment des d’una perspectiva constitucional, donat que aquest es considera el pilar fonamental en matèria de protecció de dades⁴⁰. Concretament, cal tenir en compte l’article 6 de la LOPD, que en el seu primer apartat, estableix que és necessari comptar amb el consentiment inequívoc de l’afectat per al tractament de dades de caràcter personal⁴¹.

En aquest sentit, cal dir que el consentiment, en virtut de l’article 3.h de la LOPD, és una declaració de voluntat «lliure, inequívoca, específica i informada» procedent del subjecte titular de les dades personals per la qual

³⁹ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.

⁴⁰ VALERO TORRIJOS, Julián (coord.). *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica: Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*. 1ª Edició. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2013. pàg. 131. ISBN 978-84-9014-970-6.

⁴¹ LESMES SERRANO, Carlos (coord.). *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. 1ª Edició. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2008. pàg. 193. ISBN 978-84-85012-91-6.

aquest accepta el tractament de les mateixes⁴². D'aquí, es desprèn que han de concórrer aquests quatre requisits per tal que el consentiment sigui considerat conforme a dret⁴³.

Així doncs, cal passar a analitzar els anomenats caràcters del consentiment⁴⁴:

- En relació al requisit de lliure, cal dir que fa referència a la necessitat que el consentiment s'hagi prestat sense la intervenció de cap vici del consentiment.
- Pel que fa a la condició d'inequívoc, cal recalcar que implica que no resulta admissible que el consentiment sigui presumpte, és a dir, que es dedueixi dels fets o actes realitzats per l'afectat, motiu pel qual és necessari que existeixi expressament una acció o omisió que impliqui l'existència del consentiment.
- Fent referència a un consentiment específic, cal destacar que significa que al moment de recollir les dades, s'han de determinar les finalitats concretes d'aquesta operació de tractament, les quals han de ser explícites i legítimes.
- Pel que fa a la característica d'informat, cal assenyalar que l'afectat ha de conèixer amb anterioritat a la prestació del consentiment que les seves dades van a ser objecte de tractament, les finalitats per les quals el mateix es produeix, la identitat del responsable...

Una vegada estudiat el consentiment des d'un punt de vista constitucional, cal passar a explicar com s'ha d'obtenir el mateix en l'ús de les *cookies*.

D'una banda, cal dir, en virtut del que s'estableix a l'article 22.2 de la LSSI, que els destinataris (o els usuaris) dels serveis de la societat de la informació són els que han de prestar aquest consentiment. Per tal de veure que s'entén per destinatari, cal remetre'ns a l'Annex de la LSSI, concretament, a l'apartat d),

⁴² VALERO TORRIJOS, op. cit., pàg. 133.

⁴³ Agencia Española de Protección de Datos. *Tratamiento* [en línia]. <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/obligaciones/tratamiento_cesion/tratamiento/index-ides-idphp.php>. [Consulta: 24 de març de 2015.]

⁴⁴ Agencia Española de Protección de Datos, op. cit.; LESMES SERRANO, op. cit., pàg. 193-197; i VALERO TORRIJOS, op. cit., pàg. 133-134.

que disposa que és: «(...) [la] persona física o jurídica que utilitza, sigui o no per motius professionals, un servei de la societat de la informació.»⁴⁵.

D'altra banda, cal destacar que el consentiment podrà obtenir-se mitjançant fórmules expresses, com per exemple, exigint que l'usuari faci clic en un apartat que indiqui "Accepto" o similar⁴⁶.

No obstant, la Guia també admet que el consentiment «(...) podrá obtenerse infiriéndolo de una determinada acción realizada por el usuario (...)». Tal com disposa Leticia López-Lapuente Gutiérrez⁴⁷, «(...) 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. (...)».

Així mateix, la Guia assenyala que «(...) en todo caso la mera inactividad del usuario no implica la prestación del consentimiento por sí misma (...)», motiu pel qual exigeix una acció conscient i positiva de la qual pugui inferir-se el consentiment de l'usuari⁴⁸.

Un exemple de consentiment inferit el podem trobar a l'anomenada pàgina web de l'ICAB (Annex 1), la qual, seguint les instruccions de la *Guía sobre el uso de las cookies*, disposa: «(...) Si continua navegant, considerem que acepta el seu ús (...)». Tot i això, cal tenir en compte que aquest mecanisme pot presentar majors dificultats de prova per acreditar que s'ha obtingut un consentiment concret⁴⁹.

Finalment, és important ressaltar que l'usuari pot negar-se a acceptar les *cookies*, és a dir, pot passar que el destinatari no presti el seu consentiment. Per això, els llocs web s'han de dissenyar de manera que puguin utilitzar-se sense les *cookies*, encara que, com a conseqüència d'aquesta negativa, és

⁴⁵ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.

⁴⁶ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96.

⁴⁷ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96.

⁴⁸ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96.

⁴⁹ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96.

possible que la funcionalitat d'aquesta pàgina web quedi limitada o no sigui possible⁵⁰.

D'aquesta manera, cal puntualitzar que la Guia disposa que no es podrà denegar als usuaris que no acceptin les *cookies* l'accés a serveis si se'ls ho impedeix l'exercici d'un dret legalment reconegut, com per exemple, la baixa en un servei telefònic⁵¹.

3.2.1. Modalitats d'obtenció del consentiment

Tal com s'ha exposat anteriorment, la *Guía sobre el uso de las cookies* indica que el consentiment es pot obtenir de diverses formes, i a l'hora d'elegir la modalitat més apropiada, s'ha de tenir en compte que dependrà de quin tipus de *cookies* s'instal·laran, quina és la seva finalitat, i si són pròpies o de tercers⁵². En aquest sentit, la Guia es refereix a diferents mecanismes d'obtenció del consentiment, entre d'altres:

- A través de l'acceptació dels "Termes i condicions d'ús de la pàgina web" o de la seva "Política de privacitat" al sol·licitar l'alta en un servei⁵³.
- Durant el procés de configuració del funcionament de la pàgina web o aplicació (*Settings-led consent*) → Aquí, cal tenir present que moltes pàgines web i aplicacions mòbils permeten a l'usuari configurar diferents característiques del servei, com poden ser, per exemple, l'idioma, el color de fons de pantalla, el tipus de lletra...

Per això, una altra forma de prestació del consentiment per a la instal·lació de les *cookies* pot tenir lloc durant el procés d'elecció o especificació per

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 96-97.

⁵² Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 67.

⁵³ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.

part de l'usuari de les característiques, quedant el consentiment integrat en l'elecció de l'usuari i recordant els paràmetres elegits per aquest⁵⁴.

- Al moment en què es sol·liciti una nova funció oferta a la pàgina web o aplicació (*Feature-led consent*) → En aquest cas, cal destacar que determinades funcions opcionals d'una pàgina web o aplicació poden requerir l'ús de *cookies*. En aquests supòsits, es podrà proporcionar informació sobre les mateixes en el moment en què l'usuari hagi de mostrar el seu desig d'utilitzar aquesta funció.

Per exemple, si es vol que un servei de correu electrònic recordi el compte de l'últim usuari que va accedir, es podria proporcionar la informació sobre les *cookies* al costat de la casella de verificació que l'usuari ha de marcar per obtenir aquesta funció⁵⁵.

- Abans del moment en què es vagi a descarregar un servei o aplicació ofert a la pàgina web → Aquí, tal com es disposa a la Guia, cal remarcar que:

«(...) En tales casos, si se informa adecuadamente de que la solicitud de descarga de tal servicio o aplicación [como por ejemplo, un vídeo, una imagen...] conlleva la prestación del consentimiento para la instalación de una determinada cookie con concretas finalidades, y éste lleva a cabo una acción para realizar la descarga de tal servicio o aplicación, se puede interpretar el usuario ha prestado su consentimiento para la instalación de la correspondiente cookie o cookies. Cuando esta cookie se proporciona por un tercero, debe informarse al usuario, facilitándole información acerca de las finalidades de las cookies de ese tercero, para que el usuario pueda tomar una decisión informada. (...)».

- A través del format d'informació per capes → Aquest format d'informació per capes s'ha explicat anteriorment al punt 3.1.2 d'aquest treball. Tanmateix, cal recordar que la primera capa conté la informació essencial, i a més a més, ha d'incloure la petició del consentiment per a la instal·lació de les *cookies*.

Així mateix, cal tornar a dir que en els supòsits en què l'usuari no manifesti expressament si accepta o no la instal·lació de les *cookies*, però continuï navegant pel lloc web o aplicació, es podria entendre que aquest ha prestat el consentiment, sempre que se li hagi informat clarament en aquest sentit i

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

s'ofereixi de manera permanent un avís que contingui informació sobre la utilització de les *cookies* i la possibilitat de desinstal·lar-les⁵⁶.

En conseqüència, i per tal d'il·lustrar aquesta qüestió, la Guia estableix que «(...) se entenderá que se ha prestado el consentimiento al seguir navegando cuando tras informar sobre el uso de cookie (...)»⁵⁷:

- L'usuari ha utilitzat la barra de desplaçament, sempre que la informació sobre les *cookies* sigui visible sense fer-ne ús.
- L'usuari ha clicat sobre qualsevol enllaç inclòs al lloc web.
- A través de la configuració del navegador → Aquest mecanisme està previst de forma específica tant al Considerant 66 de la Directiva 2009/136/CE com a l'article 22.2 de la LSSI⁵⁸. Aquest últim precepte reconeix que:

«(...) Cuando 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. (...)».

Si bé, cal tenir en compte que la *Guía sobre el uso de las cookies* no explica amb detall aquesta possibilitat, sinó que es remet al que va indicar el GT29 al seu Dictamen 2/2010⁵⁹, el qual disposa, d'una banda, que únicament pot inferir-se que hi ha un consentiment informat quan:

«(...) [Los navegadores que por defecto] rechacen cookies de terceros y que requieran que el usuario realice una acción expresa para aceptar la configuración de una transmisión continuada de la información contenida en los cookies por sitios web específicos, puedan expresar un consentimiento válido y eficaz. Por el contrario, si las configuraciones del buscador estuvieran predeterminadas para aceptar todos los cookies, dicho consentimiento no cumpliría las disposiciones del artículo 5, apartado 3 [de la Directiva 2002/58/CE], dado que, en general, dicho consentimiento no puede constituir una indicación cierta de los deseos del usuario. (...)».

D'altra banda, l'anomenat Dictamen 2/2010 estableix que:

«(...) Para cumplir lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, los buscadores deben transmitir, en nombre del proveedor de la red de publicidad, la información pertinente sobre el objeto de los cookies y el tratamiento de datos ulterior. Las advertencias genéricas sin referencia explícita a la red de publicidad que está instalando el cookie no son, pues, suficientes. (...)».

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 68.

⁵⁹ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 68-69.

Finalment, i deixant de banda els mètodes d'obtenció del consentiment, cal fer esment a dos aspectes que apareixen a la Guia i que estan relacionats amb el consentiment:

- Per una part, la idea que si el consentiment per a l'ús de les *cookies* s'ha obtingut inicialment de forma vàlida, no cal sol·licitar-lo cada vegada que un usuari visiti de nou la mateixa pàgina web, excepte que es modifiquin les característiques de les *cookies*⁶⁰.
- Per l'altra, la possibilitat que l'usuari retiri, en qualsevol moment, el consentiment prèviament atorgat. Ara bé, tenint en compte el que s'ha explicat anteriorment al punt 3.2 d'aquest treball, cal dir que s'ha d'informar a l'usuari sobre les conseqüències derivades de la retirada d'aquest consentiment, donat que pot tenir un cert impacte en les funcionalitats de la pàgina web⁶¹.

3.2.2. Les excepcions al consentiment

Tal com s'ha explicat anteriorment, tant l'article 5.3 de la Directiva 2002/58/CE com l'article 22.2 de la LSSI exigeixen informar i obtenir el consentiment dels usuaris per a la instal·lació i utilització de *cookies*. Tot i això, l'últim paràgraf d'aquests preceptes⁶² estableix una excepció al compliment d'aquestes obligacions, la qual és exclusivament per a uns determinats tipus de *cookies*⁶³.

En concret, l'anomenada excepció s'aplica a les *cookies* que permeten únicament la transmissió d'una comunicació entre l'equip de l'usuari i la xarxa, i a aquelles que el seu ús és estrictament necessari per a la prestació d'un

⁶⁰ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97.

⁶¹ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3.

⁶² «*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.*».

⁶³ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 2-3; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 67.

servei sol·licitat pel propi usuari⁶⁴. En aquest sentit, cal indicar que aquestes dues excepcions a l'obligació d'obtenir el consentiment s'explicaran, per tal d'aprofundir en el seu contingut, en els següents punts d'aquest treball.

No obstant, cal assenyalar que la Guia, amb l'objectiu de concretar i exemplificar quines *cookies* es consideren exemptes, es remet al que preveu el GT29 al seu Dictamen 4/2012⁶⁵, el qual apareix a l'Annex 3. Específicament, aquest acte legislatiu no vinculant determina que queden exceptuades les *cookies* que tenen les següents finalitats⁶⁶:

- *Cookies* d'entrada de l'usuari → Es solen usar per rastrejar les accions de l'usuari a l'omplir els formularis en línia en diverses pàgines web, o com a cistella de la compra per fer el seguiment dels articles que l'usuari ha seleccionat al clicar un botó, el qual pot ser, per exemple, “afegir a la cistella de la compra”.
- *Cookies* d'autenticació o identificació d'usuari (únicament de sessió) → S'empren per identificar a l'usuari des del moment en què comença la sessió, com per exemple, en el lloc web d'un banc.
- *Cookies* de seguretat de l'usuari → S'usen per reforçar la seguretat del servei sol·licitat explícitament per l'usuari. Serien, per exemple, les *cookies* utilitzades per detectar intents erronis i reiterats de connexió a un lloc web.
- *Cookies* de sessió de reproductor multimèdia → S'utilitzen per emmagatzemar les dades tècniques necessàries per reproduir continguts de vídeo o àudio, com ara la qualitat de la imatge. Aquest tipus de *cookies* es coneixen generalment com *flash cookies*⁶⁷.
- *Cookies* de sessió per equilibrar la càrrega → Primerament, cal destacar que l'equilibri de càrrega es pot definir com una tècnica que permet distribuir

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3; LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97; i LÓPEZ MCVAY, op. cit., pàg. 67.

⁶⁶ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i Dictamen 4/2012 sobre l'exempció del requisit de consentiment de *cookies*, adoptat el 7 de juny de 2012 pel Grup de Treball de l'Article 29.

⁶⁷ Les *flash cookies* han estat explicades breument al punt 2.2 d'aquest treball.

el tractament de les sol·licituds d'un servidor web entre un conjunt de màquines de reserva.

A més a més, cal tenir en compte que totes les sol·licituds procedents d'un usuari específic han de ser enviades sempre al mateix servidor de reserva per mantenir la coherència del tractament. Per això, aquests tipus de *cookies* s'usen per identificar el servidor de reserva cap al qual l'equilibrador de càrrega redirigirà correctament les sol·licituds.

- *Cookies* de personalització de la interfície d'usuari → S'empren per emmagatzemar una preferència de l'usuari en relació amb un servei a les pàgines web i només s'instal·len si l'usuari ha sol·licitat expressament que es recordi una determinada informació. Un bon exemple són les *cookies* de llengua de preferència.
- *Cookies* de complement (*plug-in*) per intercanviar continguts socials → Els operadors de pàgines web, seguint la proposta d'una gran part de xarxes socials, poden integrar en la seva plataforma els mòduls de complement de continguts socials, els quals emmagatzemen *cookies* que permeten a la xarxa social identificar als seus membres mentre aquests interactuen amb els complements.

En definitiva, s'entén que aquestes *cookies* queden excloses de l'àmbit d'aplicació de l'esmentat article 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, així com del també anomenat article 22.2 de la LSSI, de manera que no seria necessari informar ni obtenir el consentiment sobre el seu ús.

Tanmateix, convé destacar, seguint el que es disposa a la Guia, que una mateixa *cookie* pot tenir més d'una finalitat, motiu pel qual existeix la possibilitat que mentre per a una finalitat o tractament la *cookie* pot quedar exceptuada de l'àmbit d'aplicació d'aquests dos preceptes, pot no estar-ho per a altres finalitats, quedant subjectes a l'àmbit d'aplicació de la citada normativa⁶⁸.

⁶⁸ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3.

3.2.2.1. *Cookies necessàries per a la transmissió a través d'una xarxa de comunicacions electròniques*

Aquesta excepció, de conformitat amb el Dictamen 4/2012 del GT29, fa referència a «(...) cualquier tipo de intercambio de datos que se produzca mediante el uso de una red de comunicación electrónica (...)».

Així mateix, cal puntualitzar que, per poder qualificar-la de necessària, la transmissió de la comunicació electrònica no ha de ser possible sense l'ús de la *cookie*, o sigui, si la transmissió es pogués portar a terme sense la instal·lació de la *cookie*, l'excepció no es realitzaria i, per tant, seria necessari obtenir el consentiment per a la seva instal·lació⁶⁹.

En aquest sentit, i per tal de mostrar d'una manera més definida aquesta excepció, cal exposar que l'anomenat Dictamen 4/2012 estableix que els elements que poden considerar-se absolutament necessaris per a una transmissió a través d'una xarxa entre dues parts poden ser⁷⁰:

- «La capacidad de enviar la información a través de la red, especialmente mediante la identificación de los extremos de la comunicación» → Per exemple, l'equip de l'usuari ha d'estar identificat per tal que el servidor que inclou els continguts pugui remetre'ls-hi.
- «La capacidad de intercambiar datos en su orden previsto, especialmente mediante la numeración de paquetes de dato».
- «La capacidad de detectar errores de transmisión o pérdidas de datos».

3.2.2.2. *Cookies necessàries per a la prestació d'un servei expressament sol·licitat per l'usuari*

En primer lloc, cal destacar que el Dictamen 4/2012 subratlla que és necessari complir simultàniament dos requisits per a l'aplicació d'aquesta excepció, els quals, concretament, són⁷¹:

⁶⁹ APARICIO SALOM; SANFULGENCIO TOMÉ, op. cit., pàg. 8; i Dictamen 4/2012, op. cit.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ APARICIO SALOM; SANFULGENCIO TOMÉ, op. cit., pàg. 8-9; i Dictamen 4/2012, op. cit.

- L'usuari ha de realitzar «(...) *una acción positiva para solicitar un servicio con un perímetro claramente definido (...)*».
- No és possible prestar el servei de la societat de la informació sense la *cookie*.

Tot i això, el GT29 matisa, tenint en compte que un servei sol estar format per molts components, que l'excepció no pot aplicar-se als serveis considerats en el seu conjunt, sinó a cadascuna funcionalitats específiques efectivament sol·licitades per l'interessat de forma activa⁷².

Per tant, per exemple, és habitual que en els llocs web que permeten el registre dels usuaris, s'ofereixi la possibilitat que se'ls recordi en les posteriors sessions clicant una casella a aquest efecte. Així, s'evita la necessitat d'identificar-se cada vegada que s'accedeix al lloc web, encara que s'hagi reiniciat el navegador. En efecte, cal remarcar que aquesta opció, habilitada mitjançant l'ús d'una *cookie* persistent, entraria en l'excepció que estem analitzant, és a dir, en l'excepció del servei expressament sol·licitat per l'usuari.

Altrament, aquesta excepció no es pot aplicar per identificar a l'usuari mitjançant una *cookie* en qualsevol dels diferents llocs web que gestiona el mateix editor del lloc que va instal·lar la *cookie* sense haver-li informat clarament⁷³.

⁷² Ibid.

⁷³ APARICIO SALOM; SANFULGENCIO TOMÉ, op. cit., pàg. 9.

4. RESPONSABILITAT DE LES PARTS EN LA UTILITZACIÓ DE LES COOKIES

Tal com s'ha exposat al primer punt d'aquest treball, un lloc web pot incloure *cookies* de tercers. Per aquest fet, van sorgir alguns dubtes sobre qui tindria la responsabilitat de complir amb l'obligació de facilitar informació sobre les *cookies* i obtenir el consentiment per al seu ús⁷⁴, donat que la LSSI no ho defineix⁷⁵.

En conseqüència, i per tal d'assegurar el compliment d'aquestes obligacions legals, la Guia assenyala que és necessària la col·laboració entre els subjectes que participen en la instal·lació i utilització de *cookies*⁷⁶, fent referència a dos supòsits⁷⁷:

- L'editor o els tercers utilitzen les *cookies* per a finalitats exceptuades de les obligacions d'informar i d'obtenir el consentiment → Quan l'editor ofereix als usuaris un servei i totes les *cookies* del seu lloc web, tant si són pròpies com de tercers, s'utilitzen exclusivament per a les finalitats que s'han enumerat al punt 3.2.2 d'aquest treball, no serà necessari que informi de la seva utilització ni que obtingui el consentiment.

Tot i això, si empra *cookies* de tercers per a la prestació del servei sol·licitat per l'usuari, s'haurà d'assegurar contractualment que aquests no tracten les dades amb cap altra finalitat que no sigui la de prestar el servei a l'usuari, atès que si no es així, seria necessari informar d'aquestes altres finalitats i, per tant, obtenir el consentiment.

- L'editor o els tercers utilitzen les *cookies* per a finalitats no exceptuades de les obligacions d'informar i obtenir el consentiment → A diferència de la

⁷⁴ Respectivament, aquestes dues obligacions legals s'han explicat al punt 3.1 i 3.2 d'aquest treball.

⁷⁵ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97.

⁷⁶ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 3-4.

⁷⁷ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97.

situació anterior, en aquesta excepció, cal diferenciar si són *cookies* pròpies o de tercers:

- Quan la *cookie* és pròpia de l'editor del lloc web, la responsabilitat recau sobre l'anomenat editor, i per consegüent, aquest haurà d'informar sobre les finalitats per les quals es tracten les dades i obtenir el consentiment de l'usuari.
- Quan s'utilitzen *cookies* de tercers, la Guia disposa que la responsabilitat del compliment de les normes recau tant sobre l'editor del lloc web com sobre el tercer gestor de la *cookie* en qüestió.

En aquests casos, la *Guía sobre el uso de las cookies* recomana incloure als contractes que es celebrin entre l'editor del lloc web i els tercers una o diverses clàusules en les quals s'asseguri el compliment de les obligacions legals que s'han explicat al tercer punt d'aquest treball, així com les conseqüències de la revocació del consentiment per a l'editor i, especialment, per als tercers que el van obtenir a través de l'editor⁷⁸.

⁷⁸ Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain, op. cit.; CRESPO VITORIQUE, op. cit., pàg. 4; i LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, op. cit., pàg. 97.

CONCLUSIONS

- I. En primer lloc, cal recordar que el meu objectiu inicial d'aquest treball era analitzar si el consentiment en l'ús de les *cookies* és lliure i informat. Concretament, una de les primeres qüestions que em vaig formular és si els usuaris dels serveis de la societat de la informació som conscients de la gran quantitat de dades que s'emmagatzemen quan acceptem les anomenades *cookies*. Per tal de poder arribar a una conclusió i formar-me una opinió, m'he basat, d'una banda, en la legislació existent sobre la matèria, i de l'altra, en diferents llibres i articles de revista.
- II. En segon lloc, i per tal de concretar les conclusions a les quals he arribat, considero oportú assenyalar els següents punts:
 - o D'una banda, malgrat que el GT29 i l'AEPD han realitzat molts d'esforços per explicar clarament el règim jurídic aplicable i facilitar als prestadors de serveis a Internet el compliment de les obligacions legals, penso que encara existeixen molts buits i dubtes en la interpretació de la normativa, així com contradiccions que porten a una falta de seguretat jurídica.

Per il·lustrar aquesta qüestió, ens podem remetre, per exemple, a la possibilitat que té l'usuari de revocar el consentiment que ha atorgat inicialment. Aquí, en especial, cal assenyalar que no s'ha establert amb claredat com s'ha de fer efectiu aquest dret en la pràctica.
 - o D'altra banda, tot i el nou canvi de legislació en matèria d'obtenció del consentiment per a l'ús de les *cookies*, crec que no s'ha proporcionat als usuaris una comprensió prou clara de tot el que suposen aquests arxius d'emmagatzematge i recuperació de dades. Per això, sota el meu punt de vista, el dret a la privacitat d'aquests usuaris no està suficientment protegit.
- III. Seguidament, m'agradaria comentar que al principi, vaig tenir algunes dificultats per trobar bibliografia, donat que és un tema que encara no s'ha tractat amb molta profunditat. Per exemple, del punt 3.2.2 del treball, que fa referència a les excepcions del consentiment, no he trobat molta informació, motiu pel qual he utilitzat bàsicament la única font que tenia, és a dir, el Dictamen 4/2012.

A més a més, a banda d'això, m'agradaria assenyalar que durant la realització del treball, m'han sorgit alguns dubtes, particularment sobre aspectes tècnics en matèria d'informàtica.

- IV. Finalment, i per tal de concloure aquest treball, crec, reiterant el que s'ha explicat, que encara que s'ha de millorar l'obtenció del consentiment per a l'ús de les *cookies*, els responsables dels llocs web han pres mesures per informar de la instal·lació d'aquestes als seus usuaris.

Tot i això, per una part, penso que el legislador hauria d'imposar mesures més estrictes que obliguessin a les empreses a posar polítiques de *cookies* més entenedores. D'aquesta manera, l'usuari coneixeria amb més claredat les finalitats del tractament de les seves dades i, per tant, atorgaria un consentiment informat.

Per l'altra, considero que seria convenient realitzar campanyes de sensibilització i educació dirigides als usuaris d'Internet per tal que puguin estar més informats de les conseqüències de l'acceptació de les *cookies*, donat que hi ha un gran desconeixement de les implicacions que això comporta per a la seva privacitat.

BIBLIOGRAFIA

Llibres

- ALMUZARA ALMAIDA, Cristina (coord.). *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*. 2ª Edició. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2007. ISBN 978-84-8406-436-7.
- COSTAS COMESAÑA, Julio; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard; MASSAGUER FUENTES, José; NAVARRO ALONSO, M^a Isabel; PANIZA FULLANA, Antonia; RECALDE CASTELLS, Andrés Juan; TATO PLAZA, Anxo; VICIANO PASTOR, Javier. *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. 1ª Edició. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Agencia Española de Protección de Datos, 2010. ISBN 978-84-9903-548-2.
- LESMES SERRANO, Carlos (coord.). *La ley de protección de datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*. 1ª Edició. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2008. pàg. 189-213. ISBN 978-84-85012-91-6.
- LÓPEZ MCVAY, Alexandre. *La publicidad online: motor económico con riesgos legales*. Espanya: Bubok, 2014. pàg. 43-73. ISBN 978-84-686-5299-3.
- PÉREZ BES, Francisco. *La publicidad comportamental online*. 1ª Edició. Barcelona: Editorial UOC, 2012. pàg. 41-54. ISBN 978-84-9788-998-8.
- VALERO TORRIJOS, Julián (coord.). *La Protección de los Datos Personales en Internet ante la Innovación Tecnológica: Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*. 1ª Edició. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2013. pàg. 131-150. ISBN 978-84-9014-970-6.

Artículos de revista

- ÁLVAREZ HERNANDO, Javier. «Publicidad, comunicaciones comerciales y protección de datos.». *Grandes Tratados. Practicum Protección de Datos 2015*, gener 2014, pàg. 29-34.
- APARICIO SALOM, Javier; SANFULGENCIO TOMÉ, Sergio. «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la agencia española de protección de

datos.». *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11, *Estudios*, març 2014, pàg. 1-13.

- CRESPO VITORIQUE, Isabela. «¿Conoce la nueva regulación sobre *cookies* y protección de datos?». *Análisis GA&P*, maig 2013, pàg. 1-4.
- LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, Leticia. «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.». *Revista "Actualidad Jurídica Uría Menéndez"*, setembre-desembre 2013, núm. 35, pàg. 93-97.

Recursos electrònics

- Agencia Española de Protección de Datos. *Cookies* [en línia]. <<http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/cookies/index-ides-idphp.php>>. [Consulta: 24 de febrer de 2015.]
- Agencia Española de Protección de Datos. *Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29* [en línia]. <http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/internacional/Europa/grupo_29_europeo/index-idca-idphp.php>. [Consulta: 3 de març de 2015.]
- Agencia Española de Protección de Datos, Adigital, Autocontrol e IAB Spain. *Guía sobre el uso de las cookies* [en línia]. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2013. <https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf>. [Consulta: 24 de febrer de 2015.]
- Agencia Española de Protección de Datos. *La AEPD presenta la primera guía en Europa sobre el uso de cookies elaborada junto a los representantes de la industria* [en línia]. <https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2013/notas_prensa/common/abril/130429_NP_Guia_Cookies.pdf>. [Consulta: 17 de març de 2015.]
- Agencia Española de Protección de Datos. «Nota aclaratoria de la AEPD al artículo "Nuevo vuelco en materia de *cookies*"». A: *Enatic* [en línia]. 18 de setembre de 2014. <<http://www.abogacia.es/2014/09/18/nota-aclaratoria-de>

- la-aepd-al-articulo-nuevo-vuelco-en-materia-de-cookies/>. [Consulta: 20 d'abril de 2015.]
- Agencia Española de Protección de Datos. *Resultados del primer análisis coordinado sobre el uso de cookies en Europa* [en línia]. <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2015/notas_prensa/news/2015_02_17-ides-idphp.php>. [Consulta: 19 de maig de 2015.]
 - Agencia Española de Protección de Datos. *Tratamiento* [en línia]. <https://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canalresponsable/obligaciones/tratamiento_cesion/tratamiento/index-ides-idphp.php>. [Consulta: 24 de març de 2015.]
 - Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (ICAB) [en línia]. <<http://www.icab.cat/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cc2d373401687f1ddf3b1f7fdf398c8842>>. [Consulta: 5 de maig de 2015.]
 - Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (ICAB). *Política de cookies* [en línia]. <<http://www.icab.cat/textesWeb/cookiesSegonaCapa>>. [Consulta: 5 de maig de 2015.]
 - Information Commissioner's Office. *Guidance on the rules on use of cookies and similar technologies* [en línia]. Wilmslow: Information Commissioner's Office, 2012. <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1545/cookies_guidance.pdf>. [Consulta: 17 de març de 2015.]
 - PEGUERA POCH, Miguel. *El règim legal de les "cookies"* [en línia]. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2013. <<http://www.apd.cat/media/2712.pdf>> [Consulta: 10 de març de 2015].

Legislació

- Directiva 95/46/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. (DOUE núm. 281, 23-11-1995, pàg. 31 a 50).

- Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de juliol de 2002, relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques. (DOUE núm. 201, 31-07-2002, pàg. 37 a 47).
- Directiva 2009/136/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2009, per la qual es modifiquen la Directiva 2002/22/CE relativa al servei universal i els drets dels usuaris en relació amb les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques, la Directiva 2002/58/CE relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperació en matèria de protecció dels consumidors. (DOUE núm. 337, de 18-12-2009, pàg. 11 a 36).
- Espanya. Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal. (BOE núm. 298, 14-12-1999, pàg. 43088-43099).
- Espanya. Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic. (BOE núm. 166, 12-07-2002, pàg. 25388-25403).
- Espanya. Reial Decret-Llei 13/2012, de 30 de març, pel qual es transposen directives en matèria de mercats interiors d'electricitat i gas i en matèria de comunicacions electròniques, i pel qual s'adopten mesures per a la correcció de les desviacions per desajustos entre els costos i els ingressos dels sectors elèctric i gasista. (BOE núm. 78, 31-03-2012, pàg. 26876-26967).

Altres fonts

- Dictamen 2/2010 sobre publicitat comportamental en línia, adoptat el 22 de juny de 2010 pel Grup de Treball de l'Article 29.
- Dictamen 15/2011 sobre la definició del consentiment, adoptat el 13 de juliol de 2011 pel Grup de Treball de l'Article 29.
- Dictamen 16/2011 sobre la recomanació de millors pràctiques d'EASA/IAB sobre publicitat comportamental en línia, adoptat el 8 de desembre de 2011 pel Grup de Treball de l'Article 29.

- Dictamen 4/2012 sobre l'exempció del requisit de consentiment de *cookies*, adoptat el 7 de juny de 2012 pel Grup de Treball de l'Article 29.
- Recomanació 1/1999 sobre el tractament invisible i automàtic de dades personals a Internet efectuat per *software* i *hardware*, adoptada el 23 de febrer de 1999 pel Grup de Treball de l'Article 29.
- Resolució R/02990/2013 del procediment sancionador PS/00321/2013, de 14 de gener de 2014.
- Sentència del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de novembre de 2000.
- *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*, adoptat el 2 d'octubre de 2013 pel Grup de Treball de l'Article 29.

ANNEXOS

Annex 1⁷⁹

CAT CAST ENG

Cercar... Cerca avançada

Inici · Contactes · Fòrum · Àrea Personal · Registre · Ajuda Mútua · Treballa Amb Nosaltres · Correu

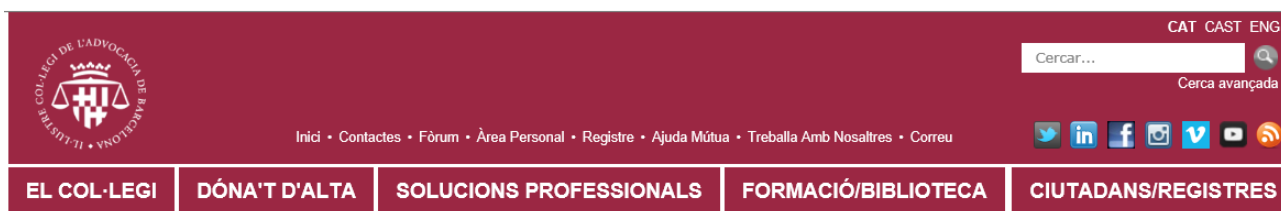
EL COL·LEGI DÓNA'T D'ALTA SOLUCIONS PROFESSIONALS FORMACIÓ/BIBLIOTECA CIUTADANS/REGISTRES

Utilitzem cookies pròpies i de tercers per millorar els nostres serveis mitjançant l'anàlisi dels seus hàbits de navegació. Si continua navegant, considerem que accepta el seu ús. Pot canviar la configuració o obtenir més informació [aquí](#).

TANCAR

⁷⁹ Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (ICAB) [en línia]. <<http://www.icab.cat/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cc2d373401687f1ddf3b1f7fdf398c8842>>. [Consulta: 5 de maig de 2015.]

Annex 2⁸⁰



Política de cookies

1. Definició i funció de les cookies

Què són les cookies? Una cookie o galeta és un arxiu que es descarrega al seu ordinador en accedir a determinades pàgines web.

Les cookies permeten a una pàgina web, entre altres coses, emmagatzemar i recuperar informació sobre els hàbits de navegació d'un usuari o del seu equip i, depenent de la informació que continguin i de la forma en què utilitzi el seu equip, es poden utilitzar per reconèixer l'usuari.

2. Quins tipus de cookies utilitza aquesta pàgina web?

Cookies tècniques i de personalització: necessàries o convenients per a la prestació de determinats serveis. Les primeres permeten a l'usuari la navegació a través de la pàgina web i la utilització dels diferents serveis que hi ha, i les segones permeten accedir a l'usuari al servei amb algunes característiques de caràcter general predefinides.

S'utilitzen cookies per l'idioma, pel gestor de continguts i pel manteniment de sessió quan és necessari. Si es desactiven aquestes cookies es podria no rebre correctament els continguts del lloc web.

Cookies analítiques: ja sigui perquè són tractades per nosaltres o per tercers, permeten fer el seguiment i anàlisi estadística del comportament del conjunt dels usuaris. Si es desactiven aquestes cookies, el lloc web podrà seguir funcionant, sense perjudici que la informació captada per aquestes cookies sobre l'ús del nostre web i sobre el seu contingut permet millorar els nostres serveis.

Cookies de xarxes socials externes: que s'utilitzen perquè els visitants puguin interactuar amb el contingut de diferents plataformes socials.

3. Forma de desactivar o eliminar les cookies

Vostè pot permetre, bloquejar o eliminar les cookies instal·lades en el seu equip mitjançant la configuració de les opcions del navegador en el vostre ordinador.

Configuració per a Internet Explorer

Configuració per a Mozilla Firefox

Configuració per a Google Chrome

Configuració per a Safari

En cas que no accepti les cookies és possible que la pàgina web no funcioni correctament.

4. Informació sobre la identificació de qui utilitza les cookies

La informació obtinguda per les cookies és tractada per l'IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA en que s'ha contractat la prestació del servei d'analítica amb Google Analytics on seguint el link podrà accedir a les seves condicions legals.

També pot ser que hi hagi complements d'altres proveïdors en que seguint els següents vincles podrà comprovar les condicions legals respecte a les cookies de cadascun d'ells:

Facebook

Twitter

LinkedIn

5. Actualització de la política de cookies

És possible que per noves interpretacions realitzades per l'organisme regulador competent, jutges o tribunals, aquesta política de cookies pugui sofrir alguna modificació pel que es prega a l'usuari que comprovi de forma regular el seu contingut.

⁸⁰ Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona (ICAB). *Política de cookies* [en línia]. <<http://www.icab.cat/textesWeb/cookiesSegonaCapa>>. [Consulta: 5 de maig de 2015.]

Annex 3⁸¹

Aquest Annex es pot consultar a partir de la següent pàgina.

⁸¹ Dictamen 4/2012 sobre l'exempció del requisit de consentiment de *cookies*, adoptat el 7 de juny de 2012 pel Grup de Treball de l'Article 29. <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_es.pdf>. [Consulta: 12 de maig de 2015.]



00879/12/ES
WP 194

**Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de
*cookies***

Adoptado el 7 de junio de 2012

El Grupo de trabajo se creó con arreglo al artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo e independiente europeo que se ocupa de la protección de datos y la privacidad. Sus tareas se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

De su secretaría se ocupa la Dirección C (Derechos fundamentales y ciudadanía de la Unión) de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, B-1049 Bruselas, Bélgica, despacho nº MO-59 02/013.

Sitio web: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

EL GRUPO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES,

Creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995,

Vistos el artículo 29 y el artículo 30, apartado 1, letra a), y apartado 3, de dicha Directiva,

Visto su Reglamento interno,

HA ADOPTADO EL PRESENTE DICTAMEN

1 Introducción

El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE, modificada por la Directiva 2009/136/CE, ha reforzado la protección de los usuarios de los servicios y redes de comunicaciones electrónicas mediante el requisito del consentimiento informado previo al almacenamiento de la información o a su accesibilidad en el dispositivo terminal del usuario (o del abonado). El requisito se aplica a todos los tipos de datos almacenados o accesibles en el dispositivo terminal, si bien gran parte del debate se ha centrado en el uso de *cookies*, tal como se definen en el documento RFC 6265¹. El presente dictamen explica cómo el artículo 5, apartado 3, revisado, repercute en el uso de los *cookies*, entendiendo que este término no excluye otras tecnologías similares.

El artículo 5, apartado 3, permite que los *cookies* queden exentos del requisito de consentimiento informado si cumplen alguno de los siguientes criterios:

CRITERIO A: el *cookie* se utiliza «al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas».

CRITERIO B: el *cookie* es «estrictamente necesario a fin de que el proveedor de un servicio de la sociedad de la información preste un servicio expresamente solicitado por el abonado o el usuario».

Mientras que los requisitos del consentimiento informado han sido examinados detenidamente en dos dictámenes del Grupo de trabajo², el presente documento se propone analizar las exenciones a este principio, en el contexto de los *cookies* y las tecnologías conexas.

Este análisis se realiza sin perjuicio del derecho a ser informado y del eventual derecho de oposición establecidos en la Directiva 95/46/CE, que se aplican al tratamiento de datos personales, con independencia de que se usen *cookies* o no.

¹ <http://tools.ietf.org/html/rfc6265>

² Dictamen 2/2010 sobre la publicidad en línea basada en el comportamiento y Dictamen 16/2011 sobre la recomendación de mejores prácticas de EASA/IAB sobre publicidad comportamental en línea.

2 Análisis

2.1 Criterio A

La inclusión de las palabras «al solo fin» en el CRITERIO A limita específicamente los tipos de tratamiento que pueden realizarse utilizando *cookies* y no deja mucho margen de interpretación. La mera utilización de un *cookie* para ayudar, agilizar o regular la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas no es suficiente. La transmisión de la comunicación no debe ser posible sin el uso del *cookie*. Hay que señalar que, en la versión original de la Directiva 2002/58/CE, el artículo 5, apartado 3, ya incluía esta exención para los *cookies* que se utilizaran «al solo fin de efectuar o facilitar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas». La Directiva revisada mantiene la misma redacción, pero se han suprimido las palabras «o facilitar», lo que podría interpretarse como un indicio más de la voluntad del legislador europeo de limitar el alcance de la exención autorizada por el artículo 5, apartado 3, conforme al CRITERIO A.

Hay al menos tres elementos que pueden considerarse absolutamente necesarios para que las comunicaciones se transmitan a través de una red entre dos partes:

- 1) la capacidad de enviar la información a través de la red, especialmente mediante la identificación de los extremos de la comunicación;
- 2) la capacidad de intercambiar datos en su orden previsto, especialmente mediante la numeración de paquetes de datos;
- 3) la capacidad de detectar errores de transmisión o pérdidas de datos.

Se entiende que los términos «la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas» del CRITERIO A – y, en particular, los términos «a través de» – se refieren a cualquier tipo de intercambio de datos que se produzca mediante el uso de una red de comunicación electrónica (tal como se define en la Directiva 2002/21/CE), lo cual puede incluir datos de «nivel de aplicación» que cumplan al menos una de las propiedades definidas anteriormente, sin limitaciones de intercambios de datos técnicos necesarios para el establecimiento de la propia red de comunicación electrónica.

El CRITERIO A engloba los *cookies* que cumplen al menos una de las propiedades de las opciones anteriormente definidas para las comunicaciones de Internet.

2.2 Criterio B

Del mismo modo, la formulación del CRITERIO B sugiere que la intención del legislador europeo ha sido asegurarse de que la condición necesaria para acogerse a la exención sea estricta. Si se hace una lectura directa de la Directiva, para cumplir el CRITERIO B el *cookie* debe reunir simultáneamente las dos condiciones siguientes:

- 1) que el servicio de la sociedad de la información haya sido solicitado expresamente por el usuario: el usuario (o el abonado) ha realizado una acción positiva para solicitar un servicio con un perímetro claramente definido.

- 2) que el *cookie* sea estrictamente necesario para que pueda prestarse el servicio de la sociedad de la información: si los *cookies* no funcionan, el servicio no se prestará.

Además, el considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE señala que «Las excepciones a la obligación de facilitar información y proponer el derecho de negativa deben limitarse a aquellas situaciones en las que el almacenamiento técnico o el acceso sean estrictamente necesarios con el fin legítimo de permitir el uso de un servicio específico solicitado específicamente por el abonado o usuario». En otros términos, para aplicar la exención debe existir un vínculo claro entre la necesidad estricta del *cookie* y la prestación de un servicio solicitado explícitamente por el usuario.

Pero tras esa lectura de la Directiva aún queda por definir el alcance de lo que constituye «un servicio de la sociedad de la información solicitado específicamente por el abonado o usuario». Un servicio de la sociedad de la información puede estar constituido por muchos componentes, algunos de los cuales no son utilizados por todos los usuarios o se prestan para la comodidad de éstos. Por ejemplo, un periódico en línea puede ser libremente accesible por todos, pero puede ofrecer algunas funcionalidades adicionales a los usuarios que estén conectados (*logged-in*), como la posibilidad de hacer comentarios sobre los artículos. A su vez, estas funcionalidades adicionales pueden prestarse con sus propios *cookies*. En este contexto particular, el Grupo de Trabajo opina que un servicio de la sociedad de la información debe considerarse como la suma de varias funcionalidades, y que el alcance exacto de dicho servicio puede, por tanto, variar según las funcionalidades que solicite el usuario (o abonado).

En consecuencia, el CRITERIO B puede reformularse según las «funcionalidades» que ofrezca un servicio de la sociedad de la información. Por tanto, un *cookie* que cumpla el CRITERIO B tendría que reunir las siguientes condiciones:

- 1) que el *cookie* sea necesario para prestar una funcionalidad específica al usuario (o abonado): si los *cookies* no funcionan, la funcionalidad no se prestará.
- 2) que la funcionalidad haya sido solicitada explícitamente por el usuario (o abonado), como parte de un servicio de la sociedad de la información.

2.3 Características de los cookies

Los *cookies* suelen clasificarse con arreglo a las siguientes categorías:

- 1) «*cookies* de sesión» o «*cookies* persistentes».
- 2) «*cookies* de terceros» o de otro tipo.

Un «*cookie* de sesión» es un *cookie* que se elimina automáticamente cuando el usuario cierra el navegador, mientras que un «*cookie* persistente» es un *cookie* que permanece almacenado en el terminal del usuario hasta una fecha de expiración determinada (pueden ser minutos, días o años en el futuro).

El término «*cookie* de terceros» puede ser engañoso:

- En el contexto de la protección europea de datos, la Directiva 95/46/CE define el término «tercero» como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento». En consecuencia, un «*cookie* de terceros» se referiría a un *cookie* creado por un responsable del tratamiento distinto del que opera el sitio web visitado por el usuario [tal como aparece en la dirección de Internet (URL) que figura en la barra de dirección del navegador].
- Sin embargo, desde la perspectiva de los navegadores, el concepto de «tercero» se define teniendo en cuenta únicamente la estructura de la dirección de Internet (URL) que aparece en la barra de direcciones del navegador. En el caso que nos ocupa, los «*cookies* de terceros» son *cookies* creados por sitios web que pertenecen a un dominio diferente del dominio del sitio de Internet que visita el usuario y que aparece en la barra de direcciones del navegador, con independencia de que dicha entidad sea un responsable del tratamiento de los datos diferente o no.

Estos dos enfoques a menudo se solapan, pero no siempre son equivalentes. En el presente Dictamen adoptaremos el primer enfoque y utilizaremos el término «*cookie* de terceros» para describir *cookies* creados por responsables del tratamiento de datos que no operen el sitio web visitado por el usuario. Por el contrario, el término «*cookie* de origen» se utilizará para referirse a un *cookie* creado por el responsable del tratamiento de datos (o uno de sus procesadores) que opere el sitio web visitado por el usuario, tal como se define en la dirección URL que suele aparecer en la barra de direcciones del navegador.

Se tendrán en cuenta determinadas características a fin de evaluar si un *cookie* es «estrictamente necesario» para un servicio, si este es un «servicio explícitamente solicitado por el usuario» o si se limita «al solo fin» a que se refieren los CRITERIOS A o B.

Un *cookie* exento de la obligación de consentimiento debe tener una vida útil directamente relacionada con la finalidad para la que se utiliza, y debe estar programado para expirar una vez que no sea necesario, teniendo en cuenta las expectativas razonables del usuario o del abonado medio. Esto significa que los *cookies* que cumplan los CRITERIOS A y B probablemente estarán programados para expirar al terminar la sesión de navegación o incluso antes. Pero hay que tener en cuenta que no siempre es así. Por ejemplo, en la hipótesis de la cesta de la compra que se presenta en la siguiente sección, el comerciante podría instalar el *cookie* para que perdurara después de la sesión de navegación o durante unas horas más para tener en cuenta la posibilidad de que el usuario cierre accidentalmente la sesión y espere razonablemente recuperar el contenido de la cesta de la compra al volver a visitar el sitio web del comerciante en los siguientes minutos. En otros casos, el usuario puede solicitar explícitamente que se recuerde cierta información de una sesión a otra, para lo cual se requiere el uso de *cookies* persistentes.

Además, según las anteriores definiciones, los «*cookies* de terceros» no suelen ser «estrictamente necesarios» para el usuario que visita un sitio web, ya que suelen estar generalmente vinculados a un servicio distinto del servicio «solicitado específicamente» por el usuario.

En consecuencia, es mucho más probable que los «*cookies* de origen para una sesión» estén exentos del requisito de consentimiento que los «*cookies* de terceros» persistentes³. Pero si estas características pueden servir de indicador inicial para calibrar las acciones de cumplimiento, no son suficientes por sí solas para esclarecer si un *cookie* cumple los CRITERIOS A o B. Puede darse el caso de que un *cookie* se utilice para autenticar a los usuarios que se conectan a un sitio web. Este *cookie* se utiliza para garantizar que el usuario sólo pueda acceder a los contenidos para los que esté autorizado. Puede utilizarse un *cookie* similar para identificar y seguir a los usuarios a través de un dominio y ofrecer contenidos adaptados o publicidad basada en el perfil que obre en poder del operador del sitio web. Ambos *cookies* pueden ser de un tipo similar (es decir, de sesión o persistentes), tener una fecha de expiración similar, o estar efectivamente controlados por terceros. Desde el punto de vista de la protección de datos, el riesgo reside en la finalidad o finalidades del tratamiento más que en la información contenida en el *cookie*.

En última instancia, por lo tanto, para determinar si un *cookie* puede estar exento del requisito de consentimiento según el CRITERIO A o B, debe tenerse en cuenta la finalidad y la aplicación específica o el tratamiento realizado.

2.4 Cookies polivalentes

Un *cookie* puede utilizarse para diversas finalidades, por lo que únicamente podrá estar exento del requisito de consentimiento si todas y cada una de las finalidades para las que se utilice están individualmente exentas del requisito de consentimiento.

Por ejemplo, es posible crear un *cookie* con un único nombre o valor que pueda utilizarse tanto para la finalidad de recordar las preferencias del usuario como para la finalidad de efectuar el seguimiento. Mientras que recordar las preferencias del usuario puede considerarse que entra en los supuestos de exención (como se explica en la sección 3.6), es muy improbable que el seguimiento se ajuste a los CRITERIOS A o B. El propio sitio web deberá obtener el consentimiento del usuario para el seguimiento. En la práctica, esto debería incitar a los propietarios de sitios web a utilizar un *cookie* diferente para cada finalidad.

Como señaló el Grupo de trabajo en su Dictamen 16/2012, si un sitio web utiliza varias *cookies* o bien *cookies* con varias finalidades, esto no significa que deba presentar por separado un *banner* o solicitud de consentimiento para cada *cookie* o finalidad. Un punto de información y consentimiento único, presentado de manera clara y comprensible, es suficiente en la mayoría de los casos.

3 Hipótesis de utilización de cookies

En esta sección se aplican los criterios de exención del requisito de consentimiento anteriormente analizados a las hipótesis de utilización corriente de *cookies*.

³ Algunas tecnologías recientes conocidas generalmente como *ever-cookies* o *zombie-cookies* permiten que los *cookies* permanezcan en el terminal del usuario a pesar de los esfuerzos razonables para eliminarlos. Es muy poco probable que estos *cookies* estén exentos de la obligación de consentimiento en cualquier circunstancia.

3.1 Cookies de «entrada del usuario»

El término «*cookies* de entrada del usuario» puede utilizarse como término genérico referido a las *cookies* de sesión que se utilizan para rastrear las acciones del usuario en una serie de intercambios de mensajes con un proveedor de servicios de manera coherente. Se trataría de *cookies* de origen normalmente asociados a un identificador de sesión (número único temporal y aleatorio) que expiran al terminar la sesión, a más tardar.

Las *cookies* de sesión y de entrada de usuario se suelen utilizar para rastrear las acciones del usuario al rellenar los formularios en línea en varias páginas, o como cesta de la compra para hacer el seguimiento de los artículos que el usuario ha seleccionado al pulsar un botón (por ejemplo, «añadir a mi cesta de la compra»).

Estos *cookies* son claramente necesarios para la prestación de un servicio de información solicitado expresamente por el usuario. Además, están vinculados a una acción del usuario (como, por ejemplo, pulsar un botón o cumplimentar un formulario). Por su propia naturaleza, estos *cookies* están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al criterio B.

3.2 Cookies de autenticación

Las *cookies* de autenticación se utilizan para identificar al usuario desde el momento en que inicia la sesión (por ejemplo, en el sitio web de un banco). Estos *cookies* son necesarios para que los usuarios puedan autenticarse por sí mismos en sus visitas sucesivas al sitio web y acceder al contenido autorizado, como el saldo de sus cuentas, las operaciones, etc. Los *cookies* de autenticación son generalmente *cookies* de sesión. También pueden utilizarse *cookies* persistentes aunque, como se explica más adelante, no son exactamente iguales.

Cuando un usuario inicia la sesión solicita explícitamente el acceso al contenido o la funcionalidad para el que está autorizado. Si no se utilizara el *token* (testigo) de autenticación almacenado en el *cookie*, el usuario tendría que dar su nombre de usuario o contraseña en cada página solicitada. Por lo tanto, la funcionalidad de autenticación es una parte esencial del servicio de la sociedad de la información que el usuario solicita explícitamente. Por su propia naturaleza, estos *cookies* están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al criterio B.

Es preciso señalar, no obstante, que el usuario sólo solicita acceso al sitio y a la funcionalidad específica para realizar la tarea requerida. El acto de autenticación no debe ser aprovechado para utilizar el *cookie* con otros fines secundarios como el control del comportamiento o la publicidad no consentida.

Los *cookies* persistentes que almacenan un *token* de autenticación durante las sesiones de navegación no están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al CRITERIO B. Es importante señalarlo, ya que el usuario puede no ser consciente inmediatamente de que el hecho de cerrar el navegador no borra la configuración de su autenticación. Los usuarios pueden volver al sitio web creyendo que son anónimos cuando en realidad siguen conectados al servicio. El método corriente de utilizar una casilla de comprobación y una simple nota informativa como «recuerde (utiliza *cookies*)» junto al formulario sería un medio adecuado para obtener el consentimiento, por lo que no sería necesario aplicar una exención en este caso.

3.3 Cookies de seguridad del usuario

La exención que se aplica a los *cookies* de autenticación con arreglo al CRITERIO B (descrita anteriormente) puede aplicarse también a otros *cookies* introducidos específicamente para reforzar la seguridad del servicio solicitado explícitamente por el usuario. Es el caso, por ejemplo, de los *cookies* utilizados para detectar intentos erróneos y reiterados de conexión a un sitio web, o de otros mecanismos similares para proteger el sistema de conexión frente a los abusos (aunque en la práctica puede ser una protección débil). No obstante, esta exención no se aplica al uso de los *cookies* relacionados con la seguridad de los sitios web ni a los servicios de terceros que no han sido solicitados explícitamente por el usuario.

Generalmente los *cookies* se instalan para expirar al final de la sesión, pero los *cookies* de seguridad del usuario tienen prevista una vida útil más larga para cumplir sus objetivos de seguridad.

3.4 Cookies de sesión de reproductor multimedia

Los *cookies* de sesión de reproductor multimedia se utilizan para almacenar los datos técnicos necesarios para reproducir contenidos de vídeo o audio, como calidad de la imagen, velocidad de conexión a la red y parámetros de almacenamiento temporal. Estos *cookies* de sesión multimedia se conocen comúnmente como *flash cookies* porque la tecnología de vídeo por Internet más utilizada actualmente es *Adobe Flash*. Al no existir ninguna necesidad a largo plazo de esta información, estos *cookies* expiran al finalizar la sesión.

Cuando el usuario visita un sitio web que contiene contenidos de texto y vídeo relacionados, ambos tipos de contenidos también forman parte del servicio solicitado explícitamente por el usuario. Por lo tanto, la funcionalidad de visualización del vídeo se ajusta al CRITERIO B.

Como se ha señalado en la sección 3.2, para poder disfrutar de la exención los operadores de sitios web deben evitar incluir en los *flash cookies* o de otro tipo cualquier información adicional que no sea estrictamente necesaria para la reproducción del contenido en los medios de comunicación.

3.5 Cookies de sesión para equilibrar la carga

El equilibrio de carga es una técnica que permite distribuir el tratamiento de las solicitudes de un servidor web entre un conjunto de máquinas de reserva en lugar de una sola. Una de las técnicas utilizadas para equilibrar la carga se basa en el «equilibrador de carga»: las solicitudes web de los usuarios se dirigen hacia una pasarela de equilibrio de carga que envía cada solicitud a uno de los servidores internos disponibles en la reserva. En algunos casos, esta reorientación necesita perdurar durante una sesión: todas las solicitudes procedentes de un usuario específico deben ser enviadas siempre al mismo servidor de reserva para mantener la coherencia del tratamiento. Entre otras técnicas, un *cookie* puede utilizarse para identificar el servidor de reserva hacia el que el equilibrador de carga redirigirá correctamente las solicitudes. Este *cookie* es de sesión.

La única finalidad de la información contenida en el *cookie* es identificar un extremo de la comunicación (un servidor del grupo de reserva), por lo que es necesario para transmitir la comunicación por la red. Por su propia naturaleza, estos *cookies* están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al CRITERIO B.

3.6 Cookies de personalización de la interfaz de usuario

Los *cookies* de personalización de la interfaz de usuario se utilizan para almacenar una preferencia del usuario en relación con un servicio en las páginas web y no están vinculados a otros identificadores persistentes como el nombre de usuario. Sólo se instalan si el usuario ha solicitado expresamente que se recuerde una determinada información, por ejemplo pulsando un botón o marcando una casilla. Pueden ser *cookies* de sesión o tener una vida útil contabilizada en semanas o meses, según su finalidad.

Ejemplos típicos de *cookies* de personalización:

- *Cookies de lengua de preferencia*, que se usan para recordar la lengua seleccionada por un usuario en un sitio web multilingüe (por ejemplo, pulsando en una «bandera»).
- *Cookies de visualización de resultados de preferencia*, que se utilizan para recordar la preferencia del usuario sobre las búsquedas en línea (por ejemplo, seleccionando el número de resultados por página).

Estas funcionalidades de personalización son permitidas explícitamente por el usuario de un servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, pulsando un botón o marcando una casilla), pero en ausencia de información adicional la intención del usuario no puede interpretarse como una preferencia por que se recuerde la opción después de la sesión de navegación (o de unas horas adicionales). Por su propia naturaleza, únicamente los *cookies* de sesión (o de corta duración) que almacenan dicha información están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al CRITERIO B. La inclusión de información adicional en un lugar destacado (por ejemplo, «utiliza cookies» al lado de la bandera) sería suficiente para la existencia de un consentimiento válido a que se recuerde la preferencia del usuario en un plazo más largo, en cuyo caso no procedería aplicar la exención .

3.6.1 Cookies de complemento (*plug-in*) para intercambiar contenidos sociales

Muchas redes sociales proponen «módulos de complemento de contenidos sociales» que los operadores de sitios web pueden integrar en su plataforma, especialmente para que los usuarios de redes sociales puedan intercambiar los contenidos que deseen con sus «amigos» (y proponen otras funcionalidades similares como la publicación de comentarios). Estos complementos almacenan y acceden a *cookies* en el equipo terminal del usuario que permiten a la red social identificar a sus miembros mientras estos interactúan con los complementos.

Para analizar esta modalidad de utilización es importante distinguir entre los usuarios «conectados» a través de su navegador en una cuenta particular de una red social y los usuarios «no conectados» que simplemente no son miembros de esa red social o se han «desconectado» de su cuenta en la red social.

Dado que, por definición, los complementos sociales están destinados a los miembros de una determinada red social, no son de ninguna utilidad para los no miembros y, por lo tanto, no cumplen el CRITERIO B con respecto a estos usuarios. Esto puede aplicarse a los miembros efectivos de una red social que se hayan «desconectado» explícitamente de la plataforma y, como tales, no prevean «conectarse» a la red social en el futuro. Así, el consentimiento de los no miembros y de los miembros «desconectados» es necesario para que los *cookies* de terceros puedan ser utilizados por los complementos de contenidos sociales.

Por otra parte, muchos usuarios «conectados» esperan poder utilizar y acceder a complementos de contenidos sociales en sitios web de terceros. En este caso concreto, el *cookie* es estrictamente necesario para que una funcionalidad solicitada explícitamente por el usuario funcione y el CRITERIO B se aplique. Estos son *cookies* de sesión⁴: para realizar su fin particular, su vida útil debe terminar cuando el usuario se «desconecta» de su plataforma de red social o cierra el navegador. Las redes sociales que desean utilizar *cookies* para otros fines (una vida útil más larga) no previstos en el CRITERIO B tienen amplias posibilidades de informar a sus miembros y obtener su consentimiento en la propia plataforma de la red social.

4 Cookies no exentos

Esta sección recuerda o clarifica las hipótesis de utilización de *cookies* que no están exentos de consentimiento con arreglo a los CRITERIOS A o B.

4.1 Cookies de complemento (*plug-in*) de contenidos sociales para el seguimiento

Como se ha explicado anteriormente, muchas redes sociales proponen «módulos de complemento de contenidos sociales» que los propietarios de sitios web pueden integrar en su plataforma a fin de prestar determinados servicios que pueden considerarse «solicitados explícitamente» por los miembros. Ahora bien, estos módulos también pueden ser utilizados para realizar el seguimiento de personas, tanto miembros como no miembros, mediante *cookies* de terceros para fines como la publicidad comportamental, el análisis y la investigación de mercados, por ejemplo.

A estos efectos, estos *cookies* de seguimiento no pueden considerarse «estrictamente necesarios» para prestar una funcionalidad solicitada explícitamente por el usuario. Por lo tanto, no pueden estar exentos con arreglo al CRITERIO B. Sin consentimiento, parece poco probable que exista una base jurídica para que las redes sociales puedan recoger datos, mediante complementos sociales, sobre personas no miembros de su red. Los complementos de contenidos sociales no deberían instalar de oficio un *cookie* de terceros en páginas que se presentan a la visualización de personas no miembros. Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, las redes sociales tienen amplias oportunidades para recabar el consentimiento de sus miembros directamente en su plataforma si desean realizar dichas actividades de seguimiento, siempre que faciliten a sus usuarios una información clara y completa sobre esta actividad.

4.2 Publicidad de terceros

Los *cookies* de terceros que se utilizan en la publicidad comportamental no están exentos del requisito de consentimiento, como ya se señaló en el Dictamen 2/2010 y el Dictamen 16/2010 del Grupo de Trabajo. El requisito de consentimiento se extiende de forma natural a todos los *cookies* de terceros relacionados que operen y se utilicen en la publicidad, incluidos los *cookies* utilizados para fines de limitación de la presión vendedora, inicio de sesión financiera, afiliación publicitaria, clic en la detección del fraude, investigación y análisis de mercados, mejora y depuración de productos, ya que ninguno de estos fines puede

⁴ En la sección 3.2 se ha demostrado que los *cookies* de autenticación persistentes no están exentos.

considerarse relacionado con un servicio o funcionalidad de un servicio de la sociedad de la información «explícitamente solicitado por el usuario», como exige el CRITERIO B.

A este respecto, el Grupo de trabajo ha participado activamente, desde el 22 de diciembre de 2011, en los trabajos del consorcio *World Wide Web* (W3C) para normalizar la tecnología y el significado de *Do Not Track*. Considerando que los *cookies* suelen contener identificadores únicos que permiten realizar el seguimiento del comportamiento del usuario en el tiempo y a través de sitios web, y la posible combinación de estos identificadores con otros datos identificadores o identificables, el Grupo de trabajo manifiesta su preocupación por la posibilidad de que queden excluidos de *Do Not Track* ciertos *cookies* que se consideran necesarios para fines operacionales. Estos fines son: limitación de la presión vendedora, inicio de sesión financiera, auditoría de terceros, seguridad, contenidos contextuales, investigación y análisis de mercado, mejora y depuración de productos⁵. Para que la norma *Do Not Track* sea cumplida por las empresas que ofrecen *cookies* a los ciudadanos europeos, *Do Not Track* debe significar, efectivamente, *Do Not Collect* (no recopilar), sin excepciones. Por lo tanto, cuando un usuario manifieste la preferencia de no ser objeto de seguimiento (*not to be tracked*, DNT=1), no deberá instalarse ni procesarse ningún identificador a fines de seguimiento. Existen soluciones técnicas disponibles y muchas otras se están estudiando actualmente para garantizar la privacidad a través de una concepción, tanto del navegador como del servidor, que permita realizar los objetivos operativos antes mencionados.

4.3 Análisis propios

Los análisis son instrumentos de medición estadística de audiencia de los sitios web que suelen basarse en *cookies*. Estos instrumentos son utilizados por los propietarios de sitios web para estimar el número de visitantes especiales, detectar las principales palabras clave de los motores de búsqueda que conducen a una página web o rastrear aspectos de la navegación en el sitio web. Los instrumentos analíticos disponibles actualmente utilizan una serie de modelos de recogida y análisis de datos, cada uno de los cuales entraña unos riesgos diferentes para la protección de datos. Es evidente que un sistema analítico propio basado en *cookies* de origen entraña unos riesgos diferentes de los de un sistema de análisis de terceros basado en *cookies* de terceros. También existen instrumentos que utilizan *cookies* de origen mientras que el análisis lo realiza otra parte. Esta otra parte será considerada el responsable común o el procesador común de datos, según use los datos para sus propios fines o le esté prohibido hacerlo en virtud de acuerdos técnicos o contractuales.

Aunque este instrumento suele ser considerado «estrictamente necesario» para los operadores de sitios web, no es estrictamente necesario para prestar una funcionalidad explícitamente solicitada por el usuario (o abonado). De hecho, cuando estas *cookies* no están habilitadas, el usuario puede acceder a todas las funcionalidades que ofrece el sitio web. En consecuencia, estas *cookies* no disfrutan de la exención definida en los CRITERIOS A o B.

Sin embargo, el Grupo de trabajo considera que no es probable que los *cookies* para análisis propios supongan un riesgo para la privacidad en el caso de que se limiten estrictamente a fines estadísticos agregados propios y de que sean utilizados por sitios web que ya ofrecen información clara sobre estos *cookies* conforme a su política de privacidad, así como garantías adecuadas de privacidad. Estas garantías deberían incluir un mecanismo de fácil utilización para no participar en los mecanismos de recogida de datos y anonimización global que se apliquen y optar a otras informaciones recopiladas identificables como las direcciones IP.

⁵ <http://www.w3.org/TR/tracking-compliance/>

A este respecto, si el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE se revisara en el futuro, el legislador europeo podría añadir un tercer criterio de exención del consentimiento para *cookies* que se limiten estrictamente a fines estadísticos agregados y de anonimización de origen.

Hay que distinguir claramente entre los análisis propios y los análisis de terceros, que utilizan un *cookie* de terceros común para recoger datos de navegación de los usuarios a través de diferentes sitios web y suponen un riesgo notablemente más elevado para la privacidad.

5 Resumen y directrices

El presente análisis ha mostrado que los *cookies* siguientes pueden estar exentos del requisito de consentimiento informado en determinadas condiciones, si no se utilizan para otros fines adicionales:

- 1) *Cookies* de entrada del usuario (identificador de sesión) para la duración de una sesión o *cookies* persistentes limitados a unas horas en ciertos casos.
- 2) *Cookies* de autenticación utilizados para prestar servicios autenticados para la duración de una sesión.
- 3) *Cookies* de seguridad centrados en el usuario que se utilizan para detectar abusos de autenticación para una duración limitada y persistente.
- 4) *Cookies* de sesión de reproductor multimedia, tales como los *flash player cookies*, para la duración de una sesión.
- 5) *Cookies* de sesión para equilibrar la carga, para la duración de la sesión.
- 6) *Cookies* persistentes de personalización de la interfaz de usuario, para la duración de una sesión (o algo más).
- 7) *Cookies* de terceros para compartir contenidos sociales por los miembros conectados a una red social.

En relación con las redes sociales, el Grupo de trabajo señala, no obstante, que el uso de *cookies* de terceros con complementos de contenidos sociales para fines distintos de la prestación de una funcionalidad explícitamente solicitada por sus propios miembros requiere el consentimiento, especialmente si dichos fines implican el rastreo de usuarios a través de sitios web.

El Grupo de trabajo recuerda que los *cookies* publicitarios de terceros no pueden estar exentos del requisito de consentimiento, y aclara que el consentimiento será también necesario para fines operativos relacionados con la publicidad de terceros tales como la limitación de la presión vendedora, el inicio de la sesión financiera, la afiliación publicitaria, el clic para detectar el fraude, la investigación y el análisis de mercado, la mejora y la depuración de productos. Si algunos fines operativos podrían ciertamente distinguir a un usuario de otro, en principio estos fines no justifican el uso de identificadores únicos. Este punto es de especial importancia en el contexto del debate actual sobre la aplicación de la norma *Do Not Track* en Europa.

El presente análisis también muestra que los *cookies* de análisis propio no están exentos del requisito de consentimiento aunque entrañan riesgos limitados para la privacidad, siempre que apliquen unas garantías razonables que incluyan la información adecuada, la capacidad de optar fácilmente por la no participación y unos mecanismos de anonimización global.

Del análisis y las hipótesis de utilización de *cookies* que figuran en el presente dictamen pueden extraerse algunas directrices generales:

- 1) Cuando se aplique el CRITERIO B, es importante considerar lo que es estrictamente necesario desde el punto de vista del usuario, no del prestador de servicios.
- 2) Un *cookie* que se utilice para varios fines sólo estará exento del requisito del consentimiento informado si cada fin individual disfruta individualmente de una exención de este tipo.
- 3) Probablemente, los *cookies* de origen de sesión estarán exentos del requisito del consentimiento en mucha mayor medida que los *cookies* de origen persistentes. Ahora bien, el criterio básico para determinar si la exención es aplicable debería ser siempre la finalidad del *cookie* más que una de sus características técnicas.

En definitiva, para decidir si un *cookie* está exento de la aplicación del principio de consentimiento informado es importante comprobar detenidamente si cumple alguno de los dos criterios de exención definidos en el artículo 5, apartado 3, modificados por la Directiva 2009/136/CE. Tras un examen detallado, si persisten serias dudas sobre el cumplimiento o no de los criterios de exención, los operadores del sitio web deberían considerar atentamente si existe la posibilidad práctica de obtener el consentimiento de los usuarios de manera sencilla y discreta, evitando así cualquier forma de inseguridad jurídica.

Hecho en Bruselas, el 7 de junio de 2012

Por el Grupo de Trabajo
El Presidente
Jacob KOHNSTAMM