

Nueva Guía de Cookies de la AEPD

El objetivo de esta guía es ayudar a las empresas a cumplir la normativa y garantizar los derechos de los usuarios

- ✘ Consentir las cookies selectivamente es un requisito clave que se deriva de las obligaciones del RGPD
- ✘ Se exige también mayor transparencia en el uso de estas tecnologías
- ✘ Las compañías encontrarán en este documento pautas con las que deben ser instaladas las cookies y otras tecnologías similares

Punto de partida

La Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) ha hecho pública la actualización de su *Guía sobre el uso de las cookies*, que presenta numerosos cambios respecto de la anterior. El nuevo texto se ha elaborado contando con AUTOCONTROL, IAB Spain, Adigital y la AEA.

El objeto de esta actualización es ofrecer directrices y soluciones para ayudar a cumplir lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (“LSSI”) en conexión con el Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”). En particular, **la guía se pronuncia sobre las condiciones para recabar adecuadamente el consentimiento informado de los usuarios en relación con el uso de cookies y tecnologías similares.**

La versión anterior de la guía, de 2013, estaba redactada conforme a la normativa de protección de datos vigente en aquel momento, esto es, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, por lo que, aun conteniendo información relevante para el cumplimiento de la ley en esta materia, era necesaria su adecuación al RGPD, aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

En la 10ª sesión anual de la AEPD, celebrada el 4 de junio de 2018, la AEPD ya había facilitado algunas pautas para ayudar en esa adecuación, pero, dada la complejidad de la materia, un análisis más pormenorizado era necesario.

Con todo, la guía es orientativa y no tiene carácter exhaustivo, por lo que no pretende limitar las soluciones que puedan implementar los sujetos obligados, sino ofrecer una base sólida y garantista sobre la que tomar decisiones para el adecuado cumplimiento de la ley.

Normativa aplicable

El art. 22.2 de la LSSI establece que **el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en los equipos terminales de los usuarios (cookies u otros) requiere el consentimiento de los usuarios después de haberles facilitado información clara y completa sobre su utilización, “con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”.**

Desde el 25 de mayo de 2018, esta última referencia debe entenderse hecha al RGPD, que, a partir del 7 de diciembre de 2018, se complementa con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Ese es el punto de partida de la actualización de la guía.

Tipos de cookies

La guía recoge, como ya lo hacía en la versión anterior, una relación no exhaustiva de tipos de cookies, distinguiendo según la entidad que las gestione (propias o de terceros), el tiempo que permanecen activadas (de sesión o persistentes) y su finalidad (técnicas, de preferencias o personalización, de análisis o medición, y de publicidad comportamental).

Respecto de la clasificación de las cookies en función de su finalidad, cabe destacar como novedad que **la guía da varios ejemplos de cookies técnicas exceptuadas de las obligaciones del artículo 22.2 de la LSSI por utilizarse para prestar un servicio solicitado por el usuario**, entre las que se incluyen aquellas cookies que el editor de un sitio web utiliza para permitir la gestión y operativa del mismo y habilitar sus funciones y servicios. En particular, **forman parte de esta categoría aquellas cookies que permiten la gestión, de la forma más eficaz posible, de los espacios publicitarios, siempre que sea exclusivamente como un elemento más de diseño o “maquetación” del servicio ofrecido al usuario y no se recopile información de los usuarios con fines distintos; no estarían exentas, en cambio, las cookies que se utilicen para personalizar esa publicidad.**

Información

La guía enumera la información que ha de facilitarse sobre las cookies para cumplir el requisito de transparencia de conformidad con la LSSI y el RGPD. Asimismo, y con carácter ejemplificativo, presenta diferentes alternativas acerca de cómo mostrar esa información, desarrollando con especial detalle la posibilidad de informar por capas o niveles, al ser la más común.

Con independencia de que la forma escogida para cumplir el deber de transparencia, la guía establece que deberá facilitarse al menos la siguiente información: a) definición y función genérica de las cookies; b) qué tipos de cookies se utilizan y su finalidad; c) si se trata de cookies propias o de terceros, identificando quién las utiliza; d) cómo permitir, denegar y revocar el consentimiento o eliminar las cookies; e) en su caso, transferencias a terceros países realizadas

por el editor; f) información sobre la elaboración de perfiles en el supuesto de decisiones automatizadas con efectos jurídicos o que afecten significativamente al usuario de forma similar; g) periodo de conservación de los datos; y h) el resto de información exigida por el artículo 13 del RGPD en la medida que sea específica de las cookies (tratándose de información genérica —por ejemplo, acerca de los derechos de los interesados—, cabe remitirse a la política de privacidad).

Merece la pena destacar que la guía considera que **si las transferencias a terceros países las realizan los terceros** y no el propio editor, **basta con remitirse a la información que faciliten esos terceros sobre las mismas**. Por lo tanto, no será necesario facilitar toda la información que, de acuerdo con las [directrices sobre transparencia del Grupo de Trabajo del Artículo 29](#) (refrendada por el Comité Europeo de Protección de Datos), exige el RGPD.

La **guía**, como novedad respecto de la versión anterior, **recomienda informar, al menos de forma genérica, de las cookies exentas por razones de transparencia**. A estos efectos, el último párrafo del precepto excluye aquellas cookies que permitan el *“almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas”* y las cookies que sirvan *“en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”*. No obstante, esta información se puede facilitar en la política de cookies o en la política de privacidad.

Si se informa por capas, la primera capa debería incluir la siguiente información: a) identificación del editor; b) identificación de las finalidades de las cookies; c) indicación sobre si las cookies son propias y/o de terceros (no siendo necesario identificar a los terceros en esta primera capa); d) información genérica sobre los tipos de datos que se van a recopilar si se elaboran perfiles de los usuarios (por ejemplo, en caso de utilizar cookies de publicidad comportamental); e) modo en que el usuario puede consentir, configurar y rechazar el uso de cookies, advirtiendo, en su caso, de la acción que se considerará como aceptación; y f) un enlace a la segunda capa informativa (en la que cabe integrar el panel de configuración de cookies).

La guía contiene varios ejemplos de primera capa que ayudan a entender cómo integrar los mecanismos de aceptación, configuración y rechazo de las cookies en este nivel informativo.

En todo caso, la información deberá facilitarse antes del uso de las cookies (incluida su instalación).

Consentimiento

La guía prevé distintas formas de obtener el consentimiento, si bien todas ellas tienen en común la realización de una acción inequívoca por parte del usuario. Por lo tanto, el consentimiento nunca puede desprenderse de la inactividad.

La clave en estos casos es que **el usuario debe tener opción de aceptar, configurar y rechazar la utilización de cookies de forma granular**. Corresponde al editor valorar el grado de granularidad al mostrar la selección de cookies, si bien, **como mínimo, deberían agruparse las cookies por finalidad** (por ejemplo, un usuario podría aceptar las cookies analíticas, pero no así

las publicitarias comportamentales). También debe evitarse el grado máximo de granularidad (selección cookie a cookie), ya que ello dificulta la toma de decisiones del usuario.

Las cookies polivalentes (aquellas que cumplen a la vez varias finalidades) solo podrán utilizarse si el usuario consiente todas las finalidades que comprenden o, técnicamente, pueden activarse únicamente para las finalidades consentidas.

Conforme a la guía, también **es posible obtener el consentimiento a través de una conducta del usuario que constituya una clara acción afirmativa, como puede serlo el seguir navegando por una página web, si bien esta opción se refuerza respecto de la forma en que se venía aceptando con la normativa anterior**, que permitía el consentimiento tácito.

En primer lugar, la guía no solo exige igualmente que se ofrezca al usuario la posibilidad de configurar y rechazar las cookies antes de su uso, sino también claridad en la acción para consentir y una mayor visibilidad del mensaje, de forma que exista seguridad de que el aviso no ha pasado desapercibido para el usuario.

Además, si se recurre a esta opción, necesariamente deberá existir una forma de que el usuario pueda rechazar al mismo tiempo todas las cookies (no solo de forma granular), para que sea tan fácil retirar el consentimiento como darlo y de esta manera cumplir los requisitos del consentimiento que establece el RGPD.

La guía también advierte de que esta forma de obtención del consentimiento puede presentar mayores dificultades de prueba, ya que habrá que valorar la transparencia de la información (si se muestra de forma clara y accesible) y el tipo de acción requerida para dar el consentimiento. En cualquier caso, la fórmula de “seguir navegando” no es compatible con aquellos casos en los que el RGPD exige el consentimiento explícito (por ejemplo, si se tratan categorías especiales de datos).

La guía contiene previsiones y ejemplos en relación con el consentimiento de los menores. El punto de partida es que, si se tratan datos personales de menores de catorce años, deberán hacerse esfuerzos razonables para verificar que el titular de la patria potestad o tutela dio el consentimiento para el tratamiento de datos. Cuanto menor sea el riesgo que conlleve el tratamiento de datos vinculado al uso de cookies, más sencillo podrá ser el sistema de verificación. Asimismo, como recomendación general, la guía indica que **los editores deberían abstenerse de utilizar cookies de publicidad comportamental en las webs dirigidas a menores o cuya audiencia esté compuesta mayoritariamente de menores.**

Responsabilidad

A lo largo del texto, se recogen diversas previsiones en materia de responsabilidad. Esta materia cobra especial relevancia y complejidad cuando se utilizan cookies de terceros.

A este respecto, cuando se utilicen cookies de terceros, la guía advierte que **en los contratos entre editores y terceros se debería asegurar que se ofrecerá a los usuarios la información necesaria y que se articulará la forma de obtener un consentimiento válido para la utilización de las cookies, así como la forma de revocarlo.**

Cuando varias entidades (por ejemplo, editores, anunciantes y agencias) **determinen conjuntamente las finalidades y los medios del tratamiento, serán consideradas corresponsables del tratamiento y deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 26 del RGPD, si bien la existencia de corresponsabilidad no necesariamente implicará una responsabilidad equivalente** de las distintas entidades: la responsabilidad de cada entidad dependerá de la implicación que tenga en el tratamiento concreto.

En particular, el alcance de las obligaciones del editor respecto de las cookies de terceros se circunscribe a los tratamientos de los que es responsable, incluida, en su caso, la responsabilidad conjunta *“en cuanto a que el usuario conozca y consienta la utilización por terceros identificados de sus cookies y las finalidades del tratamiento de datos asociado a ellas”*. En cambio, estas obligaciones no se extienden a fases posteriores del tratamiento en las que el editor no interviene.

En cualquier caso, termina diciendo la guía, *“la responsabilidad administrativa exigible ante las autoridades de control por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del uso de cookies corresponde a cada parte obligada y no es desplazable contractualmente”*.

Publicidad programática

La guía incluye un anexo en el que, con carácter informativo, se describen las principales partes intervinientes en el entorno digital de la publicidad programática: usuarios, editores, anunciantes, agencias, etc.

Con este anexo se pretende facilitar la comprensión de este entorno, si bien su naturaleza cambiante debido a la evolución tecnológica y la creación de nuevos modelos de negocio, obliga siempre a analizar cada rol desempeñado caso por caso para valorar en qué medida se ven los distintos actores afectados por la normativa de privacidad y protección de datos.

Sergio Sanfulgencio
Responsable de Protección de Datos y Privacidad de AUTOCONTROL