



Universidad
de Alcalá

EL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE LAS *COOKIES*

CONSENT TO THE USE OF *COOKIES*

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^ª Susana Fernández Martín

Dirigido por:

D^ª Mónica Arenas Ramiro

Alcalá de Henares, enero 2020

RESUMEN: La instalación de *cookies* en los equipos de los usuarios implica graves riesgos para la privacidad de los mismos, especialmente en el creciente sector de la publicidad digital. En el presente trabajo, se analiza la regulación de este tipo de archivos, centrándose en las modificaciones derivadas de la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos en torno a la obligación de consentimiento informado como única garantía de protección de datos del usuario y en qué medida éste se ha visto reforzado con las nuevas Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos en ámbito de las *cookies*.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento, *cookies*, Comité Europeo de Protección de Datos, Muros de *cookies*, protección de datos, Reglamento General de Protección de Datos.

ABSTRACT: The installation of cookies on users' computers involves serious risks to their privacy, especially in the digital advertising sector. In this article, the regulation of this type of files is analyzed, focusing on the modifications derived from the become effective of the General Data Protection Regulation around the obligation of informed consent as the only guarantee of protection of user data and how this has been tightened whit the new Guildelines of European Data Protection Board in the field of cookies.

KEYWORDS: Consent, cookies, cookies walls, Data Protection, European Data Protection Board, General Data Protection Regulation.

El presente trabajo se ha realizado durante el segundo cuatrimestre del Máster de acceso a la abogacía, curso académico 2020-2021, dentro de la asignatura «Trabajo de fin de máster». Se ha elaborado bajo la tutorización de la Dra. Mónica Arenas Ramiro, del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LAS <i>COOKIES</i>	3
2.1. Definición	3
2.2. Clasificación	4
2.2.1. Tipos de <i>cookies</i> según la entidad que las gestione	5
2.2.2. Tipos de <i>cookies</i> según su finalidad.....	6
2.2.3. Tipos de <i>cookies</i> según el plazo de tiempo que permanecen activadas	8
2.2.4. <i>Cookies</i> exentas de las obligaciones de consentimiento e información.....	9
3. EL TRATAMIENTO DE LAS <i>COOKIES</i> EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA Y EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL.....	11
3.1. La Directiva europea <i>e-privacy</i>	12
3.2. La trasposición de la Directiva <i>e-privacy</i> a la legislación española	17
3.3. El consentimiento para el uso de <i>cookies</i> tras la aprobación del RGPD	22
3.4. La STJUE de 1 de octubre de 2019, asunto <i>Planet49</i>	25
3.5. La AEPD y el CEPD.....	27
4. LAS OBLIGACIONES LEGALES PARA EL USO DE <i>COOKIES</i>	31
4.1. Responsabilidad sobre el cumplimiento de las obligaciones	32
4.2. Información y transparencia	34
4.2.1. Contenido.....	35
4.2.2. Requisitos de la información	37
4.3. El consentimiento	39
4.3.1. Titulares	39
4.3.2. Requisitos.....	43
4.4. Modos de obtener el consentimiento y mostrar la información: la información por capas.....	48

5. CONCLUSIONES.....	53
6. BIBLIOGRAFÍA	57
7. JURISPRUDENCIA	59

1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas los medios digitales han experimentado un creciente desarrollo provocando un gran impacto en distintos ámbitos y, especialmente, en lo que aquí interesa, en la protección de datos. Internet ha pasado a formar parte de nuestra vida cotidiana, lo que ha provocado una sobreexposición de nuestra información, siendo cada vez más necesaria una efectiva protección de nuestra privacidad¹.

Cuando hacemos uso de Internet estamos proporcionando continuamente información, a pesar de no ser conscientes de ello en la mayoría de ocasiones. Así, cuando rellenamos un formulario de registro en una página web o formalizamos un contrato *online*, estamos facilitando esos datos de forma directa. De igual forma, durante la navegación por Internet, el usuario también proporciona multitud de información de forma indirecta, como las páginas que visita, el contenido que le interesa, el idioma o el pedido seleccionado. La obtención de esta información de navegación es posible gracias a la utilización por las páginas web de lo que de ahora en adelante denominaremos *cookies* de forma genérica, es decir, dispositivos de almacenamiento de información y recuperación de datos que se insertan en el equipo terminal del usuario al acceder a las mismas².

La principal inversión en Internet proviene de la publicidad digital donde las *cookies* tienen un papel fundamental. A nivel europeo, según un análisis de la compañía *IHS Markit* de inversión financiera, la publicidad online supone el 37,2% del total de los ingresos publicitarios. En España, según los resultados de un estudio publicado en 2020 por *IAB Spain*, la mayor asociación a nivel mundial de marketing, publicidad y comunicación digital, por primera vez la inversión en publicidad digital superó en 2019 los 3.000 millones de euros³.

En este sector de la publicidad digital las *cookies* se han convertido en una pieza clave. El uso de estos dispositivos permite a las empresas crear publicidad personalizada según la información de navegación de los usuarios y gran parte de las páginas web,

¹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 5-6.

² MATO PACÍN, M. N., «Privacidad y consentimiento en el entorno digital: aproximación desde la perspectiva de la Unión Europea», *Revista electrónica Direito e sociedades*, núm. 3, julio 2020, p. 160.

³ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 5. Estudio The economic contribution of digital advertising in Europe; disponible en: https://datadrivenadvertising.eu/wp-content/uploads/2017/09/DigitalAdvertisingEconomicContribution_FINAL.pdf; última consulta: 14/12/2020. Estudio de Inversión Publicitaria en Medios Digitales; disponible en: <https://iabspain.es/estudio/estudio-anual-de-inversion-publicitaria-en-medios-digitales-2019/>; última consulta: 14/12/2020.

motores de búsqueda, aplicaciones y plataformas se financian al permitir la visualización de esta publicidad en las mismas incorporando *cookies* de terceros con este fin.

En consecuencia, la publicidad comportamental genera un enorme beneficio a las empresas como consecuencia de este uso masivo de *cookies* por parte de los servicios *online*, a costa de poner en grave riesgo la privacidad los usuarios si no se realiza con las adecuadas garantías. Así lo manifestó el Grupo de Trabajo del artículo 29 (en adelante, GT 29), actualmente sustituido por el Comité Europeo de Protección de datos (en adelante, CEPD), en su Dictamen sobre publicidad comportamental en línea, pidiendo a los proveedores de estos sectores la previa aceptación explícita e informada de las *cookies* por parte de los usuarios⁴.

La regulación en esta materia tendente a garantizar una tutela efectiva de los datos de los usuarios ha cambiado continuamente para adaptarse a los avances tecnológicos y al creciente uso de estos dispositivos, especialmente en lo que se refiere a la obligación de consentimiento informado de los usuarios. Como estudiaremos en las siguientes líneas, el marco jurídico existente a nivel europeo en esta materia se divide en la norma general, que actualmente es el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (en adelante, RGPD) y la norma específica, es decir, el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, comúnmente conocida como Directiva e-privacy (modificado por la Directiva 2009/136/CE), en las que se recoge las obligaciones legales de consentimiento e información para el uso de las *cookies*⁵.

El RGPD, que sustituyó a la anterior Directiva 95/46/CE, ha supuesto un gran avance en la regulación de esta materia facilitando una regulación homogénea de acuerdo a su propia naturaleza jurídica, de aplicación directa por los Estados Miembros, es decir, sin necesidad de trasposición como ocurría con la Directiva. Además, ha reforzado el requisito del consentimiento exigiendo un consentimiento explícito e incorporado el principio de transparencia y ambos tienen un papel fundamental como garantía de la protección de datos de los usuarios en el uso de las *cookies*.

Estas novedades incorporadas por el RGPD, junto con los últimos pronunciamientos de los Tribunales europeos sobre a la exigencia de una acción afirmativa para otorgar el consentimiento para el uso de las *cookies* y la reciente

⁴ Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del GT 29, 2010, p.3.

⁵ MATO PACÍN, M. N., «Privacidad y consentimiento (...)» *op. cit.*, p. 161.

publicación de las Directrices 05/2020 del CEPD⁶, por la que se prohíbe expresamente el uso de muros de *cookies* y la acción de seguir navegando como medios para obtener el consentimiento del usuario, ha provocado que la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), como autoridad de control de protección de datos a nivel nacional, actualice su *Guía sobre el uso de las cookies* para recoger las nuevas interpretaciones⁷.

En consecuencia, hemos redactado un TFM estructurado en cuatro bloques. El primero de ellos está dedicado al estudio de la terminología y clasificación de las *cookies*. En el segundo bloque analizaremos el tratamiento a nivel europeo y nacional de estos dispositivos dado por la legislación y la jurisprudencia, así como el papel de las autoridades de control en su interpretación. Por último, examinaremos la regulación de las obligaciones legales de consentimiento e información impuestas para el uso de estos dispositivos, haciendo especial referencia a los cambios que han implicado para las mismas el RGPD y las nuevas Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos.

2. LAS COOKIES

2.1. Definición

Los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, también conocidos como *cookies*, tal y como se ha dicho en la introducción, fueron creados en 1994 por Lau Montulli como un simple archivo de texto inofensivo para recordar el carrito de la compra en las páginas de venta online. Sin embargo, a medida que la tecnología y las redes publicitarias han ido creciendo, las cookies han sido configuradas para ampliar sus funciones utilizando los datos de los usuarios con propósitos diferentes⁸. Las novedades tecnológicas unidas a la fragmentación legislativa en la materia han facilitado la obtención de información personal de los usuarios abriendo paso al comercio de datos personales sin demasiadas dificultades⁹ y sin garantías frente a su uso.

⁶ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679.

⁷ RODRÍGUEZ DURARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación y Reglamento E-Privacy», *Diariolaley*, 2020, p.2.

⁸ GUYON, J., «The cookie that ate the world», en *Techonomy*, 2018 (disponible en: <https://techonomy.com/2018/12/cookie-ate-world/>; última consulta: 18/10/2020).

⁹ SANCHO LÓPEZ, M., «Internet, Big Data y nuevas tecnologías: repercusiones y respuestas del ordenamiento jurídico», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019, p. 315.

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) atendiendo a lo dispuesto por la legislación nacional que las regula, la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (en adelante, LSSI), define las *cookies* en sentido amplio como «*cualquier dispositivo de almacenamiento y recuperación de datos que se utilice en el equipo terminal de un usuario con la finalidad de almacenar información y recuperar la información ya almacenada*»¹⁰. En un sentido menos técnico, las *cookies* son marcadores digitales incorporados por las propias páginas web en los dispositivos de los usuarios que acceden a ellas para recoger automáticamente la información de navegación¹¹. Algunos de estos datos de navegación recogidos por las *cookies* de las páginas web son el contenido consultado, el idioma seleccionado, la ubicación o si ha proporcionado su dirección de correo electrónico, entre otros¹². Cuando el usuario vuelve a acceder a la página web, el navegador recupera y envía este archivo al servidor de la página web informando de su actividad previa en ella (normalmente para permitir una navegación del usuario más ágil y personalizada en función de la información recogida sobre sus hábitos de navegación), evitando así, por ejemplo, que deba volver a registrarse¹³. Sin embargo, hay algunos tipos de *cookies*, como veremos en las siguientes líneas, que pueden comprometer la privacidad de los usuarios al manejar una gran cantidad de datos personales para diversos propósitos que ni si quiera son necesarios para prestar los servicios por página web a la que accede el usuario o incluso son creadas por un tercero distinto al propio editor del sitio web (por ejemplo, la publicidad que aparece en algunas páginas web).

2.2. Clasificación

La AEPD ha mantenido en todas sus *Guía sobre el uso de las cookies* la clasificación realizada por el Grupo de trabajo del artículo 29 en su Dictamen 4/2012 en función de determinadas características y finalidades, no obstante, es meramente

¹⁰ Art. 22.2 LSSI.

¹¹ CASTELLS, M., *La galaxia internet*, Areté, Madrid, 2001, p. 196.

¹² ALIÑO SEHWERT, J. J., «La protección del consumidor digital: los datos personales en el comercio electrónico», en *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, núm. 3, noviembre 2018, p. 4 (disponible en <https://app.vlex.com/#vid/proteccion-consumidor-digital-datos-744650081>; última consulta: 17/10/2020) Y también, *Entre cookies y privacidad*, Oficina de seguridad del internauta, 18 de julio de 2018 (disponible en <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2018/07/18/entre-cookies-y-privacidad>; última consulta: 17/10/2020).

¹³ ALIÑO SEHWERT, J. J., «La protección del consumidor (...)» *op. cit.*, p.4. Y también, «¿What are cookies in computers?», disponible en <https://www.allaboutcookies.org/> (fecha de consulta: 19-10-2020).

orientativa y aclara que una misma *cookie* puede estar incluida en más de una categoría¹⁴. En consecuencia, esta distribución resulta demasiado confusa por cuanto se basa en criterios heterogéneos que impiden la aplicación de una única categoría para cada *cookie*, es decir, cada *cookie* podrá reunir alguna característica que la incluya en más de una categoría del mismo modo que podrá tener más de una finalidad (como las denominadas *cookies* polivalentes)¹⁵.

Así pues, atendiendo a sus características y finalidades, las *cookies* se pueden clasificar según la entidad que gestione el equipo desde donde se envíe; según la finalidad o función para la que haya sido creada o; por último, según el plazo de tiempo en el que permanezca activada. Dentro de cada una de las tres clasificaciones se identifican distintas categorías e incluso subcategorías de *cookies* como estudiaremos a continuación.

2.2.1. Tipos de cookies según la entidad que las gestione

Según la entidad que gestione el dominio o equipo desde donde se envían las *cookies* y trate los datos se distingue entre las *cookies* propias o de origen y las *cookies* de terceros. Las *cookies* de origen son incorporadas en el equipo terminal del usuario por el propio editor o responsable de tratamiento de datos que gestiona la página web que presta el servicio, mientras que, las *cookies* de terceros son enviadas desde un equipo o dominio gestionado por otro responsable de tratamiento diferente al que opera en la página web a la que ha accedido el usuario (p.ej., las *cookies* de publicidad incorporadas por un editor distinto al del servicio web que exhibe el anuncio)¹⁶. En consecuencia, el dominio de la página web desde donde se envían las *cookies* corresponderá con el de la dirección URL que aparece en la barra de dirección del sitio web visitado por el usuario cuando se traten de *cookies* propias y será diferente cuando estemos ante *cookies* de terceros¹⁷.

No obstante, puede darse el caso de que las *cookies* sean enviadas desde un dominio gestionado por el responsable del tratamiento de la página que presta el servicio,

¹⁴ AEPD, *Guía sobre el uso de cookies*, 2020, p. 11.

¹⁵ APARICIO SALOM, J. Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la Agencia Española de protección de datos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, marzo 2014, p.16, disponible en https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/El_regimen_juridico_de_las_cookies.html; última consulta: 21/10/2020.

¹⁶ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 11.

¹⁷ Dictamen 4/2012 del GT 29 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies, p. 5.

pero que los datos recogidos sean gestionados por un tercero, en cuyo caso no podrán ser consideradas *cookies* propias si el tercero las utiliza para sus propios propósitos¹⁸.

2.2.2. Tipos de cookies según su finalidad

En función de la finalidad para la que se traten los datos personales recogidos a través de las *cookies* podrán clasificarse en: *cookies* técnicas, *cookies* de preferencias o personalización, *cookies* de análisis o medición o *cookies* de publicidad comportamental.

Las *cookies* técnicas son aquéllas que permiten la navegación por la página web, aplicación o plataforma y el uso de las diferentes funciones que son prestadas por la misma al usuario, así como la gestión y habilitación de las referidas funciones o servicios por el editor¹⁹. Dentro de la denominación general de *cookies* técnicas la doctrina identifica varias subcategorías según su concreta finalidad técnica entre las que cabe destacar: (i) las *cookies* de autenticación o identificación del usuario, cuya función es reconocer al usuario que accede al servicio (p.ej.: las que recuerdan el nombre de usuario y contraseña de un sitio web); (ii) las *cookies* de sesión de reproductor multimedia, comúnmente denominadas *flash cookies* debido a que la tecnología más utilizada para la reproducción es el programa *Adobe Flash*, que utilizan la información técnica sobre calidad de imagen, velocidad de línea red o capacidad de almacenamiento necesaria para reproducir imágenes o video; (iii) las *cookies* de complemento o *pug in*, normalmente utilizadas por las redes sociales, cuya finalidad es permitir a los miembros de una determinada red social compartir contenidos o publicar comentarios; (iv) las *cookies* de sesión para equilibrar la carga que permiten distribuir las solicitudes de un servidor entre un conjunto de máquinas de reserva; (v) y, por último, las denominadas *cookies* de personalización de la interfaz de usuario, que tienen como propósito recordar determinadas preferencias de navegación habilitadas por el servicio web que el usuario seleccione explícitamente, como podría ser hacer clic en la bandera para seleccionar el idioma²⁰.

¹⁸ Guía sobre el uso de las cookies, julio de 2020, p.11.

¹⁹ Guía sobre el uso de las cookies, julio de 2020, pp. 11-12.

²⁰ Dictamen 4/2012 del GT 29 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies, pp. 7-9. Y también, FLAQUER RIUTORT, J., «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy).», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 47, 2018, p.2.

Para que el editor del sitio web pueda prestar servicios de una forma más individualizada al usuario usará *cookies* de preferencias o personalización. Estas *cookies* utilizan la información de navegación relacionada con el idioma, el número de resultados a mostrar en una página o el lugar desde donde accede para mostrar el servicio al usuario con una serie de características de carácter general predefinidas adaptadas a sus preferencias de navegación.

Las *cookies* de análisis o medición permiten al responsable del tratamiento utilizar la información sobre el uso que hacen los usuarios del servicio web por los para analizarla estadísticamente con la finalidad de introducir mejoras en función de los resultados. En consecuencia, este tipo de *cookies* no suponen un grave riesgo para la privacidad del usuario siempre que su propósito esté limitado a fines estadísticos²¹, porque una cosa es medir y utilizar datos estadísticos, y otra, controlar la actividad realizada y elaborar perfiles.

Por último, se denominan *cookies* de publicidad comportamental a aquéllas que tienen como finalidad ofrecer publicidad al usuario basada en los intereses manifestados a través de la información de los hábitos de navegación recogidos. El concepto de publicidad comportamental fue definido por el GT 29 en el Dictamen 2/2010 como «*publicidad basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos*». Es decir, a través de este tipo de *cookies* se recoge información sobre las páginas web que visita el usuario, su contenido, el número de veces que ha accedido a ellas, el tiempo que ha permanecido en cada página, los artículos que ha estado visualizando e incluso en qué orden, con el fin de ofrecer una publicidad basada en los intereses recopilados durante la observación continuada de los referidos hábitos de navegación en Internet.

Los proveedores de redes de publicidad son los principales distribuidores de publicidad comportamental por cuanto se encargan de unir a los editores de páginas web con los anunciantes. Estos proveedores incorporan *cookies* de publicidad la primera vez que un usuario accede a cualquiera de los sitios web que ofrecen anuncios con los que están ligados. Cuando el usuario vuelva a acceder a la página o a cualquier otra con la que está asociado el proveedor la *cookie* le reconocerá y exhibirá publicidad personalizada basada en la información recogida durante su navegación previa en

²¹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 12. Y también, Dictamen 4/2012 del GT 29 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies, p. 11.

cualquiera de las páginas asociadas. En consecuencia, son además de *cookies* publicitarias *cookies* de terceros al ser incorporada al equipo del usuario por un tercero distinto al editor de la página que presta el servicio²². Este tipo de *cookie* es gravemente intrusiva para la privacidad de los usuarios que, en su gran mayoría, ni si quiera son conscientes de que están siendo seguidos en cada uno de sus movimientos a través de Internet, proporcionando gratuitamente una inmensa cantidad de información de valor incalculable para el desarrollo de unas herramientas de *marketing* y publicidad cada vez más eficientes por parte de las empresas²³.

A pesar de esta clasificación en función de las finalidades para las que se usa la información recogida, como ya hemos adelantado, puede darse el caso de que una misma *cookie* se utilice para varios de los propósitos anteriormente mencionados (las denominadas *cookies* polivalentes). Esto es especialmente relevante para determinar si se debe cumplir con las obligaciones de información y consentimiento, como veremos más adelante, pues, si todas las finalidades para las que se utiliza la información recogida mediante las *cookies* están exentas de estos requisitos, no tendrá esta obligación. Pero si, por el contrario, alguna de las finalidades no está exenta, el usuario deberá prestar el consentimiento informado en todo caso²⁴.

2.2.3. Tipos de cookies según el plazo de tiempo que permanecen activadas

Según el tiempo que las *cookies* permanecen activas en el dispositivo del usuario, es decir, el plazo de tiempo en el que van a recopilar información se distingue entre *cookies* de sesión o *cookies* persistentes. Las primeras permanecen activadas en el equipo del usuario recopilando información únicamente durante el acceso a la página web hasta que sale de ella (p. ej.: las *cookies* que permiten la función de recordar el carrito de la compra), mientras que, las segundas, continúan incorporadas durante un periodo definido por el editor durante el cual podrá continuar tratando la información recogida por ésta.

La duración de las *cookies* persistentes puede llegar a ser de varios años, lo que aumenta exponencialmente los riesgos de privacidad para el usuario, de ahí que la AEPD recomiende a los responsables del tratamiento el uso de *cookies* de sesión o el uso de

²² Dictamen 2/2019 del GT 29 sobre publicidad comportamental en línea, 22 de junio de 2010, pp. 5-6.

²³ FLAQUER RIUTORT, J., «Nuevas tendencias y propuestas (...) *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁴ Dictamen 4/2012 del GT 29 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies.

cookies persistentes durante el tiempo mínimo necesario para su finalidad²⁵. En el mismo sentido, el Grupo de trabajo del artículo 29 en el Dictamen 4/2012 establece la incompatibilidad de la exención del requisito del consentimiento en las *cookies* persistentes con base en el principio de minimización de datos del consentimiento, es decir, para que la *cookie* pueda estar exenta del requisito del consentimiento el plazo de tiempo de activación para el que han sido configuradas debe ser proporcional a la finalidad que se persiga con ellas²⁶.

2.2.4. Cookies exentas de las obligaciones de consentimiento e información

Como ya hemos adelantado, existen algunos tipos de *cookies* que por sus finalidades y/o características están exentas de las obligaciones de consentimiento e información exigidas por la legislación en materia de *cookies* que estudiaremos en el presente trabajo. Concretamente, a nivel europeo, el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, modificado por la Directiva 2009/136/CE, contempla dos supuestos en los que las *cookies* estarán exentas de cumplir con estas obligaciones: cuando se utilicen con la única finalidad de permitir la comunicación entre el usuario y la red de comunicación electrónica o cuando sean estrictamente necesarias para la prestación de un servicio de la página web solicitado por el usuario²⁷.

Las referidas excepciones han sido examinadas por el GT 29 en su Dictamen 4/2012 precisando los tipos de *cookies* que están exentas de acuerdo con la clasificación realizada por el mismo.

En cuanto a la primera de las excepciones, el GT 29 identifica tres capacidades necesarias que debe poseer la *cookie* para posibilitar la transmisión de la comunicación entre el usuario y la red: la de enviar la información, la de intercambiar datos y la de identificar errores o menoscabos de datos. Las *cookies* utilizadas con al menos una de las tres finalidades mencionadas estarán exentas de acuerdo con este criterio²⁸.

²⁵ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 13.

²⁶ Dictamen 4/2012 del GT 29 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies, p. 5.

²⁷ Artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE modificado por la Directiva 2009/136/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.»

²⁸ Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies del GT 29, 2012, p. 3.

Por lo que se refiere a la segunda excepción, para que concurra la misma, la *cookie* debe ser estrictamente necesaria para que pueda prestarse un servicio explícitamente solicitado por el usuario. Es decir, para que la *cookie* esté exenta, tal y como se desprende de lo dispuesto en el Considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE, deben concurrir dos requisitos de forma simultánea que están directamente relacionados: por un lado, ha de ser imposible prestar el servicio solicitado por el usuario sin hacer uso de la *cookie* y, por otro lado, el usuario debe haber realizado una acción positiva por la que solicite expresamente su prestación²⁹.

De acuerdo con este análisis, el GT 29 ha identificado los concretos tipos de *cookies* que están exentas del requisito del consentimiento informado según sus finalidades, siendo éste el criterio principal para determinar la aplicación de las excepciones. Otro criterio que se tiene en cuenta para determinar si concurre las excepciones es el tiempo que permanecen activas, ya que la vida útil de estos dispositivos debe estar directamente relacionada con el propósito para el que se incorporan. Así, las *cookies* de origen o de sesión estarán exentas en mayor medida que las *cookies* persistentes³⁰.

En consecuencia, en términos generales, las *cookies* técnicas estarán exentas de cumplir con las obligaciones de consentimiento e información, por cuanto tienen como finalidad permitir la navegación por la página web y la prestación de servicios o preferencias de navegación solicitadas explícitamente por el usuario. La aplicación de la excepción a este tipo de *cookies*, por tanto, estará condicionada a su utilización para la finalidad estrictamente solicitada por el usuario y, como ya hemos mencionado, a que su duración esté directamente relacionada con su función. En relación con esto último, las *cookies* técnicas de seguridad están exentas, a pesar de tratarse de *cookies* persistentes, por cuanto necesitan una vida útil más larga para cumplir con sus propósitos de seguridad. Mientras que, las *cookies* técnicas de autenticación únicamente estarán exentas si su

²⁹ Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies del GT 29, 2012, pp. 3-4. Y también, Considerando 66 de la Directiva 2009/136/CE: «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».

³⁰ Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies del GT 29, 2012, pp. 5-6.

duración es de una sesión, ya que únicamente son necesarias para identificar al usuario al acceder a la página web³¹.

Además, cuando se utilicen *cookies* técnicas de complemento o *plug-in*, cuya finalidad es permitir el intercambio de contenidos de las páginas web que las incorporan en redes sociales, habrá que diferenciar entre los usuarios «*conectados*» a una cuenta propia de la red social o miembros y los usuarios «*no conectados*» que no son miembros o se encuentran desconectados de la misma. En este sentido, las *cookies* estarán exentas cuando los usuarios sean miembros de estas redes sociales, puesto que, de lo contrario, en ningún caso podría ser útil para el mismo³².

Por el contrario, las *cookies* publicitarias y de análisis que realmente se utilizan con objetivos comerciales de interés para los propios editores o terceros, no cumplen con ninguno de los supuestos de excepción. Es decir, estos tipos de *cookies* no son necesarias para posibilitar la transmisión de la comunicación ni para la prestación de un servicio que explícitamente haya solicitado el usuario, puesto que sin ellas el usuario puede seguir accediendo a todas las funcionalidades de la página web.

No obstante, respecto las *cookies* analíticas, el GT 29 considera que las mismas no suponen un riesgo para la privacidad del usuario y, por tanto, debería incluirse como una tercera excepción al requisito del consentimiento, cuando concurren las siguientes condiciones: que su uso se limite únicamente a fines estadísticos agregados propios (no de terceros) a partir de datos anonimizados y que la página web ofrezca al usuario información y garantías adecuadas de privacidad al respecto³³.

3. EL TRATAMIENTO DE LAS *COOKIES* EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA Y EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL

Con carácter previo al análisis y a las directrices que se ofrecen sobre la regulación del consentimiento por la reciente *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020, tras la publicación de las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos, es necesario señalar cómo se reguló este requisito por las diferentes normativas de

³¹ Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies del GT 29, 2012, pp. 7-8.

³² Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies del GT 29, 2012, pp. 6-10.

³³ Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies, 2012, pp. 10-11.

privacidad y de protección de datos europeas y nacionales hasta la regulación contenida en el art. 22.2 LSSI.

En las próximas líneas vamos a estudiar los aspectos principales de estas normas centrándonos en el consentimiento para el uso de *cookies*.

3.1. La Directiva europea *e-privacy*

La regulación de la protección de datos en el sector de las telecomunicaciones ha ido evolucionando a medida que avanzaban las comúnmente denominadas *TIC* o Tecnologías de la Información y la Comunicación. Así, la primera Directiva que reguló la materia a nivel europeo fue la Directiva 97/66/CE³⁴, aprobada en 1997, que rápidamente se quedó obsoleta por cuanto centraba su regulación en la protección de datos dentro del ámbito de la telefonía móvil, sin hacer mención si quiera a la transmisión de datos a través de Internet, dejando sin resolver numerosos problemas de privacidad asociados al uso de ese medio por parte de los usuarios como, en lo que aquí interesa, las controvertidas *cookies*³⁵. En consecuencia, en 2003 esta normativa quedó derogada por la actual Directiva 2002/58/CE³⁶, comúnmente denominada Directiva *e-privacy*, destinada a actualizar y adoptar la regulación a estos nuevos problemas de privacidad surgidos de la evolución de las *TIC*.

La Directiva *e-privacy* tenía como propósito homogenizar las legislaciones de los Estados Miembros para garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales, tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, en lo referido a los datos ligados a las telecomunicaciones y a los nuevos dispositivos de almacenamiento y recogida de información. En consecuencia, se configura como una Directiva sectorial, tal y como establece en sus Considerandos 10 y 11, debiendo acudir a la normativa general de protección de datos, que en la actualidad es el RGPD, en todo lo que no esté previsto específicamente por ella³⁷. No obstante, la Directiva *e-privacy* difiere en lo que respecta al ámbito de aplicación de la normativa general al incluir en su

³⁴ Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

³⁵ CORRIPIO GIL-DELGADO, M., «Novedades legislativas sobre protección de datos. La Directiva 2002/58/CE», *Revista de contratación electrónica*, núm. 32, noviembre 2002, pp. 1-2.

³⁶ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

³⁷ CORRIPIO GIL-DELGADO, M., «Novedades legislativas (...)» *op. cit.*, p. 2.

regulación los intereses de las personas jurídicas, a diferencia de la normativa de protección de datos que sólo es aplicable a los datos personales de las personas físicas³⁸. A pesar de ello, permite a los Estados Miembros hacer extensivo el ámbito de aplicación de la normativa general a las personas jurídicas³⁹. En necesario señalar en este punto que la Directiva *e-privacy* sigue refiriéndose a la Directiva 95/46/CE⁴⁰ como normativa general, no obstante, actualmente debe entenderse remitida al RGPD, aplicable desde el 25 de mayo de 2018⁴¹.

En el mismo sentido, el GT 29 en su Dictamen 2/2010 reconoce la primacía de la Directiva *e-privacy*, como *lex specialis*, sobre la normativa de protección de datos, como *lex generalis*, aplicable en todo lo no regulado específicamente por la primera (p.ej., en todo lo relativo a los principios de calidad de datos, los derechos de los interesados, la confidencialidad o la seguridad en el tratamiento de transferencias internacionales de datos). Sin embargo, advierte de la aplicación de la normativa general únicamente cuando los datos recogidos tengan carácter de datos personales⁴². Atendiendo a la definición establecida por el actual artículo 4.1 RGPD, se considera dato personal «*toda información sobre una persona física identificada o identificable*», debiendo entenderse por «*persona física identificada o identificable*» aquella cuya identidad pueda reconocerse, de forma directa o indirecta, a través de una serie de datos como un nombre, un número de teléfono, una imagen, una voz o la huella dactilar.

En lo que respecta a las *cookies*, el creciente desarrollo de sus capacidades de extraer y usar la información unido al incremento del uso de este tipo de dispositivos por parte de los operadores de Internet con distintos propósitos, cada vez más controvertidos con la privacidad del usuario, también se vio reflejado en las actualizaciones de la normativa europea en lo que se refiere al refuerzo de las obligaciones de información y consentimiento como garantías de la privacidad del usuario⁴³.

³⁸ CORRIPIO GIL-DELGADO, M., «Novedades legislativas (...)» *op. cit.*, pp. 1-3.

³⁹ Considerando número 12 Directiva 2002/58/CE.

⁴⁰ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁴¹ Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, comúnmente denominado Reglamento General de Protección de Datos.

⁴² Dictamen 2/2010 del GT 29 sobre protección comportamental en línea, 2012, pp. 9-11.

⁴³ APARICIO SALOM, J Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen jurídico de las cookies (...)» *op. cit.*, p.5,

En este sentido, la Directiva *e-privacy* incorporó por primera vez una regulación de estos dispositivos incorporando un apartado tercero a la redacción del artículo 5, referido en términos generales al uso de las redes con fines de almacenamiento de información o de obtención de acceso a la información del equipo terminal del usuario. El primer párrafo del mencionado precepto recoge las obligaciones legales requeridas para que los prestadores de servicios de comunicación pudieran usar *cookies*. Así, la recopilación de información del usuario por parte del operador del servicio web se debía condicionar al cumplimiento del requisito de información previa, de forma clara y completa, sobre los fines para los que se recoge su información, así como a la efectiva posibilidad del usuario de negarse al referido uso, debiendo facilitarle el responsable del tratamiento los medios oportunos para ello⁴⁴.

Este precepto es aplicable a toda la información recogida por el dispositivo de almacenamiento sin necesidad de que sean datos personales como requiere la normativa de protección de datos. Por tanto, como ya hemos señalado, atendiendo a lo establecido por el GT 29 en su Dictamen 2/2010, únicamente sería aplicable la normativa general, en lo que se refiere a las *cookies* y dispositivos similares, a los datos personales recogidos por éstos⁴⁵.

El párrafo segundo del artículo establece las excepciones a las anteriores obligaciones señalando que el prestador de servicios estará exento de cumplirlas cuando se utilicen las *cookies* con el único fin de posibilitar la transmisión o facilitación de la transmisión de comunicación entre el usuario y la red o para poder presar un servicio que haya sido solicitado el propio usuario de forma expresa⁴⁶.

Por consiguiente, el artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* adopta una regulación de las *cookies* un tanto imprecisa, por cuanto no concretaba el contenido de la información que se debía facilitar al usuario (limitándose a remitirse al respecto a la entonces todavía

⁴⁴ Artículo 5.3 Directiva 2002/58/CE: «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 (...)».

⁴⁵ Dictamen 2/2010 del GT 29 sobre publicidad comportamental en línea, 2010, pp. 9-11.

⁴⁶ Artículo 5.3 Directiva 2002/58/CE: «(...) 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».

vigente Directiva 95/46/CE) ni los medios que se debían proporcionar al mismo para permitirle el ejercicio de su derecho al rechazo. Asimismo, se trataba de un régimen demasiado laxo en cuanto permitía a los prestadores de servicios condicionar el acceso a la aceptación del uso de las *cookies*, proporcionando como única garantía de protección de datos la transparencia mediante el cumplimiento del requisito de información. Esto es así porque al usuario únicamente se le permitía aceptar las *cookies*, una vez informado de forma clara y completa, posibilitando así su descarga y la visualización de la página o, por el contrario, denegar el uso de *cookies* impidiendo la descarga y, por consiguiente, el acceso. Todo ello provocaba que, en la práctica, la mayoría de los operadores de Internet no cumplieran correctamente con sus obligaciones de protección de datos en lo que respecta al uso de *cookies* y, lo que es aún más preocupante, que los usuarios continuaran sin ser conscientes de las repercusiones que para su privacidad conllevaba el uso de estos archivos o incluso que ni si quiera llegaran a conocer su existencia⁴⁷.

En consecuencia, en el año 2009 se aprobó la Directiva europea 2009/136/CE⁴⁸ por la que se modificaron varias Directivas europeas reguladoras de las redes y servicios de las comunicaciones electrónicas como la Directiva *e-privacy*. En este sentido, la mencionada Directiva de 2009 recogía en su artículo 2 apartado 5 la modificación del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* para sustituir la posibilidad de negarse al uso de *cookies* por la exigencia de consentimiento previo del usuario, adoptando así un modelo *opt-in* frente al modelo *opt-out* que establecía la anterior redacción⁴⁹. Es decir, la modificación del precepto suponía que el usuario debe prestar el consentimiento tras haberle facilitado información previa de forma clara y completa con carácter previo a la

⁴⁷ APARICIO SALOM, J. Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen de las cookies (...)» *op. cit.*, p. 7. Y también, LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., «El uso de las cookies en España a la luz de la Guía sobre el uso de las cookies de la Agencia Española de protección de datos», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 35, mayo 2013, p. 95.

⁴⁸ Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

⁴⁹ Artículo 5.3 Directiva 2009/136/CE: «*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 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.*»

instalación de las *cookies* en su equipo, a diferencia de la regulación anterior, por la que se instalaban directamente dando la posibilidad al usuario de rechazar su uso con carácter posterior⁵⁰. Sin embargo, la referencia al consentimiento resulta demasiado confusa puesto que, atendiendo a lo dispuesto en su Considerando 66 por el que se posibilita su prestación mediante la configuración del navegador, parece referirse a un mero derecho de oposición sin requerir su forma expresa mientras que, atendiendo a la nueva redacción del artículo 5.3, se puede deducir que el consentimiento debe ser explícito⁵¹.

De igual forma que la redacción anterior, por su fecha de aprobación, se remite a la ya derogada Directiva de protección de datos 95/46/CE en lo relativo a los requisitos del consentimiento informado, que establecía en su artículo 2 h) que el consentimiento del usuario para el uso de *cookies* hasta la aprobación del RPDG debía ser una «*manifestación de voluntad libre, específica e informada*». Pero en la actualidad debemos referirnos al RGPD, y como ya hemos señalado, esa redacción debe entenderse remitida ahora al RGPD que estudiaremos más adelante por el que se reforzó el requisito del consentimiento definiéndolo en su 4.11 como una «*manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca*» otorgada por el interesado mediante una «*declaración o una clara acción afirmativa*».

Por lo que respecta a las *cookies* exentas de la obligación de consentimiento informado, la Directiva 2009/136/CE mantiene la misma redacción del artículo 5.3 de la Directiva 95/46/CE, salvo por la eliminación del término «o facilitar» en la primera de las excepciones. Por consiguiente, con la modificación de 2009, para que se dé la primera de las excepciones la transmisión de la comunicación no puede ser posible sin el uso de la *cookie*, es decir, ya no será suficiente para que concurra su uso para la mera facilitación de la transmisión. En palabras del GT 29, esto supone una manifestación de la intención del legislador de restringir el ámbito de aplicación de la referida exención⁵².

Por último, debemos señalar aquí que existe un Proyecto europeo de Reglamento, que derogará a esta Directiva: el Reglamento *e-privacy*. La publicación del referido Reglamento estaba prevista junto con el RGPD, sin embargo, hasta ahora únicamente hay un Proyecto de Reglamento. Con su entrada en vigor se logrará la necesaria homogeneidad legislativa en materia de *cookies* dado que en virtud de su naturaleza

⁵⁰ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ L., «El uso de cookies en España (...)» *op. cit.*, p. 95.

⁵¹ APARICIO SALOM J. Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen de las cookies (...)» *op. cit.*, p.8;

⁵² Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies del GT 29, 2012, p. 3.

normativa será directamente vinculante en cada Estado Miembro sin necesidad de transposición por los ordenamientos jurídicos de los mismos⁵³.

3.2. La transposición de la Directiva *e-privacy* a la legislación española

Si bien la Directiva *e-privacy* fue traspuesta al ordenamiento jurídico español por la actual LSSI, la modificación de la Directiva *e-privacy* realizada por la Directiva 2009/136/CE debía haber sido traspuesta por los Estados Miembros antes del 25 de mayo de 2011, tal y como disponía su artículo 4. Sin embargo, no fue incorporada al ordenamiento jurídico español hasta el 30 de marzo de 2012, mediante el Real Decreto-ley 13/2012⁵⁴. Este RDL, en lo que se refiere a las *cookies* y tecnologías similares, modificó en su artículo 4, el artículo 22.2 LSSI para incorporar a la legislación nacional la nueva redacción del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* operada en el 2009.

Así, la norma específica que regula actualmente las *cookies* y otros dispositivos de almacenamiento similares en España se encuentra contenida en el artículo 22.2 LSSI con la modificación que sufrió en 2012. Esta Ley es aplicable con carácter general a los prestadores de servicios de la sociedad de información que estén establecidos en España, atendiendo a su residencia o domicilio social, salvo que ésta no coincida con el centro de gestión y dirección del negocio, en cuyo caso se atenderá a este último. En cuanto a aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información domiciliados en otro Estado Miembro, la LSSI les será aplicable siempre que tengan un establecimiento permanente en España, debiendo entenderse por «establecimiento permanente» una oficina, sucursal o cualquier otro lugar de trabajo del que disponga de forma habitual o continuada y en el que realice toda o parte de su actividad laboral⁵⁵. En este sentido establece el artículo 2.3 LSSI que se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España y, en consecuencia, sujeto a la LSSI, cuando esté inscrito en el Registro Mercantil o cualquier otro registro público español que requiera la inscripción para adquirir personalidad jurídica.

⁵³ GASCÓN MARCÉN, A., *El Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la asignatura pendiente del Mercado Único Digital*, CEU Ediciones, Madrid, abril 2020, p. 6.

⁵⁴ Real Decreto-ley, 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

⁵⁵ Artículo 2.2. LSSI.

En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el prestador de servicios es definido por la propia LSSI como la «*persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*», es decir, todo servicio solicitado de forma individual por el destinatario que sea prestado a título oneroso o lucrativo, a distancia y de forma automatizada⁵⁶, lo que significa que será de aplicación incluso cuando el servicio prestado sea gratuito siempre que constituyan una actividad económica (p.ej., motores de búsqueda como *Google* o páginas financiadas con publicidad). Por consiguiente, a las Administraciones Públicas, en cuanto ejercen sus competencias como autoridades administrativas, no les será aplicable la LSSI, salvo que lleven a cabo actividades económicas (p. ej., venta de camisetas online por una universidad pública)⁵⁷.

Hasta la modificación por el Real Decreto-ley 13/2012, el artículo 22.2 LSSI únicamente establecía la obligación, para aquéllos que usaran estos dispositivos de almacenamiento, de informar al usuario, previamente, «*de forma clara y completa*», otorgándoles la posibilidad de rechazar su uso «*mediante un procedimiento sencillo y gratuito*», de conformidad con la anterior redacción del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE. Por consiguiente, también en la normativa nacional se tuvo que modificar por el citado RDL el artículo 22.2 LSSI para pasar de un sistema *opt-out* de su anterior redacción a un sistema *opt-in* por el que se condiciona el uso de *cookies* por los prestadores de servicios a que los usuarios «*hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa*», remitiéndose en este caso y en ese momento a la ahora derogada LO 15/1999⁵⁸ (en adelante, LOPD) por la que se incorporaba a la legislación española la Directiva 95/46/CE⁵⁹. Es decir, se exigía el cumplimiento de las obligaciones de información y de consentimiento con carácter previo a la instalación de las *cookies*, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa europea de ese momento.

Además, como novedad respecto a la redacción del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy*, el legislador español incluyó en el precepto, siempre que sea técnicamente posible y eficaz, la posibilidad de facilitar el consentimiento mediante la configuración

⁵⁶ Anexo de definiciones apartados a y c) LSSI.

⁵⁷ GARCÍA GIL, F.J. Y LÓPEZ GARCÍA, G., «Control y privacidad en el ciberespacio: uso de cookies por los principales medios digitales españoles» (tesis doctoral), Universidad de Valencia, Valencia, 2013, pp. 79-80.

⁵⁸ LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁵⁹ LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ L., «El uso de cookies en España (...), *op. cit.*, p. 95.

del navegador u otras aplicaciones, contenida en el Considerando número 66 de la Directiva de 2009.

En este sentido el GT 29 mantuvo una opinión contraria a esta interpretación en su Dictamen 2/2010, con intención de alertar a los Estados, con carácter previo a la trasposición de la Directiva europea, señalando que la configuración del navegador como forma de expresar el consentimiento no se trata de una excepción a lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* y, en todo caso, se deberían fijar las condiciones para que este modo de prestar el consentimiento cumpliera con los requisitos de consentimiento informado regulados por la entonces vigente Directiva 95/46/CE, lo que entendía que sólo ocurre en casos muy limitados⁶⁰.

En relación con las *cookies* exceptuadas del requisito del consentimiento informado, la LSSI mantiene las excepciones del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* que fueron recogidas de forma literal tras la modificación de 2009. La LSSI, por tanto, continúa con una regulación general de las excepciones que da lugar a diversas interpretaciones, limitándose a señalar los dos tipos de situaciones en las que estarían exentas según su finalidad, sin concretar nada más, por ejemplo, con respecto a las *cookies* que tengan más finalidades además de la exceptuada o sean tratadas por el editor y un tercero. En este sentido, el GT 29 en su Dictamen 4/2012 realizó una gran labor interpretativa estableciendo la clasificación de *cookies* estudiada en el capítulo anterior en función de sus finalidades y características e identificando las *cookies* exentas de la obligación de consentimiento informado según los criterios establecidos en el artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy*⁶¹. A este Dictamen se remite la AEPD en todas sus *Guías sobre el uso de cookies*, siendo por tanto el criterio interpretativo actual, por lo que nos referiremos a ella con más detalle en el capítulo siguiente.

En cuanto al contenido de las obligaciones de consentimiento e información, si con la normativa anterior surgieron dudas de interpretación en relación con el contenido de la información que se debía facilitar al usuario, con la modificación de la LSSI en 2012 se incrementaron con respecto a la obligación de consentimiento debido a que la

⁶⁰ Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del Grupo de trabajo del artículo 29, de 22 de junio de 2010, p. 16. Y también, LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., «El uso de cookies en España (...) *op. cit.*, p. 95.

⁶¹ GARCÍA-ULL, F. J., «Las cookies en los principales medios generalistas de España», en *Miguel Hernández Communication Journal*, n.º 4, p.238. Y también, Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies del GT 29, 2012.

regulación no concretaba nada sobre el modo o la forma en que podía otorgarse ni los medios por los que se podía recabar, limitándose únicamente a remitirse a lo dispuesto por la entonces vigente LOPD en lo que respecta a los requisitos del consentimiento informado.

Con la finalidad de establecer unas directrices sobre el uso de estos dispositivos que arrojaran algo de luz sobre la interpretación de esta regulación, la AEPD aprobó la primera *Guía sobre el uso de cookies* en 2013, convirtiéndose en la primera Guía en Europa sobre esta materia elaborada con la participación de los representantes de la industria (*Adigital, Autocontrol e IAB Spain*). En lo que respecta al modo de otorgar el consentimiento, la Guía aceptaba como válidas tanto las fórmulas expresas, como seleccionar la opción de «acepto» o cualquier término similar por la que el usuario pudiera indicar de forma clara su aceptación al uso de las *cookies*, como las fórmulas tácitas, es decir, el consentimiento que pudiera derivarse de la acción consciente y positiva del usuario, como la acción de seguir navegando, siempre que estuviera condicionada al cumplimiento previo de la obligación de información clara y accesible por la que además se le advirtiera de que dicha acción sería interpretada como una aceptación para el uso de *cookies* (p.ej., «*si continúa navegando se considerará que acepta el uso de cookies...*»), prohibiendo en todo caso que pudiera inferirse el consentimiento de la mera inactividad del usuario⁶². No obstante, aconsejaba ese modo de consentimiento tácito para los usuarios registrados y advertía de las mayores dificultades de prueba de la obtención de consentimiento que suponía para los responsables de tratamiento⁶³.

Junto con esta *Guía sobre el uso de cookies* de 2013 merece especial atención la primera Resolución sancionadora de la AEPD por el uso de *cookies* aplicando el artículo 22.2 LSSI, que no fue hasta casi dos años después de su modificación por el Real Decreto-ley 13/2012, el 14 de enero de 2014, suponiendo una interpretación relevante en la materia, puesto que, a diferencia de la Guía, no es un documento con mero valor orientativo⁶⁴. La citada Resolución sancionaba a una empresa por el uso de *cookies* en dos páginas web sin cumplir con las obligaciones de información y consentimiento previo, argumentando que el motivo principal de la sanción se debía a la insuficiencia de la información, puesto que, de lo contrario, se podía haber considerado que el usuario

⁶² LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., «El uso de cookies en España (...) *op. cit.*, pp. 95-96.

⁶³ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2013, p. 19.

⁶⁴ Resolución de la AEPD R/02990/2013 en el procedimiento PS/00321/2013.

había otorgado su consentimiento tras haberle facilitado una información lo suficientemente completa, es decir, la AEPD admitía la validez de un consentimiento tácito para el uso de *cookies* porque así lo permitía también la entonces vigente LOPD⁶⁵. En relación con esta obligación no aportó nada nuevo pues el consentimiento tácito ya estaba permitido por las normativas de protección de datos, así como se recogía por la propia AEPD en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2013, por la que se aceptaba como forma válida de consentimiento aquel que pudiera inferirse de la acción del usuario siempre que hubiera sido previamente informado de forma clara y completa.

Con respecto al requisito de información, la Resolución de la AEPD desarrollaba de forma más precisa la forma y contenido mínimo necesario para mostrar la información por capas que ya había recogido en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2013. En cuanto a la forma de visualizar la información por capas, la primera capa que contendrá la información de forma más sucinta señala que podría mostrarse a través de una ventana emergente, mientras que, a la segunda capa, con información más completa, se podría acceder mediante un *link* que se facilite en la primera capa. En cuanto al contenido mínimo, la primera capa debería proporcionar información sobre las *cookies* no exentas del requisito del consentimiento, sus finalidades, el tipo de *cookie* según la entidad que la gestione, la advertencia de qué tipo de acción del usuario se podrá considerar consentimiento y, por último, el *link* de acceso a la segunda capa. En este punto es importante destacar que en la Resolución la AEPD no alude a la exigencia que si estableció en la Guía de 2013 respecto a la necesidad de insertar un aviso permanente sobre el uso de las *cookies* cuando éstas no requieran un consentimiento expreso. En la segunda capa se deberá incluir la definición y funciones de las *cookies* utilizadas, la forma de desactivarlas y revocar el consentimiento y la identificación de quién utiliza las *cookies*, ya sea el propio editor o un tercero. Al respecto, la AEPD añadió que no sería válida la información facilitada en varios documentos que impidieran un acceso fácil y suficientemente visible, lo que parece indicar que no sería posible incorporar un *link* que lleve a un sitio de terceros para facilitar la información de la segunda capa⁶⁶.

⁶⁵ ADSUAR PRIETO, Y., «Primera sanción de la AEPD en materia de cookies», *Legaltoday*, julio 2014, ppp. 2-3, (disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/nuevas-tecnologias-civil/primera-sancion-de-la-aepd-en-materia-de-cookies-2014-07-22/>; última consulta: 21/12/2020).

⁶⁶ *Ídem*. Y también, APARICIO SALOM, J Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen jurídico de las cookies (...)» *op. cit.*, pp. 16-19.

3.3. El consentimiento para el uso de *cookies* tras la aprobación del RGPD

El RGPD, aplicable desde el 25 de mayo de 2018, refuerza en sus artículos 4.11 y 7 el requisito del consentimiento del interesado con respecto a la anterior regulación de la ya derogada Directiva 95/46/CE, lo que resulta de gran relevancia en la normativa de *cookies* y dispositivos similares.

Meses más tarde, a nivel nacional se aprobó la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁶⁷ (en adelante, LOPDGDD), aplicable desde el 6 de diciembre de 2018, por la que se derogó la anterior LOPD y recoge en su artículo 6.1 de forma literal la redacción dada por el RGPD del requisito del consentimiento.

El propio RGPD prevé las reglas sobre su relación con la actual Directiva *e-privacy* en su artículo 95, conforme al cual no puede imponer obligaciones adicionales a los responsables o encargados de tratamiento respecto de las garantías reguladas en la Directiva, cuya trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, en lo que se refiere a las *cookies*, se hizo por la LSSI, como ya hemos estudiado. Por tanto, la LSSI, como ley especial que traspone la Directiva *e-privacy*, prevalece también en cuanto a lo dispuesto específicamente por ella frente al RGPD. No obstante, la LSSI no contempla algunas categorías básicas de este sistema de garantías como el consentimiento informado, que hay que buscarla en la norma general. Es decir, en el RGPD y en la LOPDGDD⁶⁸. En este sentido, como ya hemos estudiado, la redacción actual del artículo 22.2 LSSI se remite a la derogada LOPD en lo que se refiere a los requisitos del consentimiento informado, por lo que ahora debe entenderse remitido al RGPD y a la LOPDGDD.

En lo que se refiere a la regulación del requisito del consentimiento, de una parte, el artículo 4.11 RGPD contempla la definición del requisito del consentimiento, exigiendo para su validez una manifestación de voluntad «*libre, específica, informada e inequívoca*» otorgada «*mediante una declaración o una clara acción afirmativa*», por lo que ya no sería válido el consentimiento tácito otorgado a través de casillas marcadas o la inacción como especifica en su Considerando 32. Así lo confirmó la directora de la AEPD en la 8ª sesión anual de 29 de junio de 2016, aconsejando a los responsables del tratamiento la revisión de los consentimientos tácitos otorgados con carácter previo al

⁶⁷ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁶⁸ Vid. 10ª Sesión Anual Abierta AEPD, (disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=gLW_y_cucUQ; última consulta: 01/11/2020).

RGPD con el fin de adecuarlos a las previsiones de la norma europea⁶⁹. Resulta necesario señalar que la LOPD, por la que se traspuso la Directiva 95/46/CE a la legislación española, contemplaba en su artículo 3 h) una definición idéntica del requisito del consentimiento, salvo por la última parte, en la que radica claramente la diferencia normativa entre ambos regímenes, por la que ya no sería válido el consentimiento tácito al exigir una clara acción afirmativa para otorgarlo⁷⁰.

De otra parte, el artículo 7 RGPD señala las condiciones que debe reunir el requisito del consentimiento. Así, el consentimiento debe ser demostrable, es decir, el responsable del tratamiento debe poder demostrar que el interesado otorgó su consentimiento y, además, ha de facilitarse de un modo claro, sencillo, accesible y comprensible. Señala también el carácter revocable del consentimiento, esto es, el usuario debe poder retirar su consentimiento en cualquier momento de un modo tan fácil como por el que se otorgó. Por último, exige que sea otorgado de forma libre, sin condicionarlo a la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio para el que no sea necesario⁷¹. Todo ello ha sido precisado por las Directrices sobre el consentimiento del GT 29 adoptadas en 2017 y que ahora han sido actualizadas por las Directrices 5/2020 del CEPD, cuyo contenido veremos en el siguiente capítulo de forma más detallada.

Hasta la entrada en vigor del RGPD la forma tácita de obtener el consentimiento mediante la acción de seguir navegando, también denominado *scrolling*, se encontraba acogida por las normativas europeas. Por consiguiente, su aprobación supuso la actualización de las Guías referidas al uso de *cookies* por las autoridades nacionales de protección de datos para adaptarlas a la nueva regulación europea de protección de datos. Sin embargo, la *Guía sobre el uso de las cookies* de noviembre de 2019 de la AEPD que sustituía a la anterior de 2013, en contraposición con el resto de Guías aprobadas por los Estados Miembros, continuaba aceptando la acción de seguir navegando manteniendo al respecto la misma redacción de 2013 en relación con la fórmula tácita de otorgar el consentimiento, aunque reforzándola al exigir la necesidad de certeza de consentimiento

⁶⁹ MARTÍNEZ ROJAS, A., «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.», en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 42/2016, pp. 2-3. Vid. 8ª Sesión Anual abierta de la AEPD de 29 de junio de 2016, (disponible en http://video.agpd.es/8sesion/aepd_marespana.mp4; última visita: 01/11/2020.)

⁷⁰ FLAQUER RIUTORT, J., «Nuevas tendencias y propuestas (...) *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ Artículo 7 RGPD.

inequívoco e informado que se podía inferir de las condiciones en las que se hubiera prestado⁷².

Asimismo, de acuerdo con las exigencias del RGPD, prohíbe esta forma de consentimiento cuando se traten categorías especiales de datos que requieran un consentimiento explícito, en cuyo caso, señala que deberá obtenerse el consentimiento mediante botones de aceptación, así como por la necesidad de certeza de que se presta un consentimiento informado e inequívoco⁷³.

Conscientes de que iban a surgir estas contradicciones las instituciones europeas pusieron en marcha la aprobación del ya citado Reglamento europeo *e-privacy* que sustituiría a la actual Directiva *e-privacy*, cuya entrada en vigor estaba prevista junto con el RGPD. Sin embargo, hasta ahora únicamente se ha publicado una propuesta del mismo puesto que su redacción sigue estando en debate por las Autoridades nacionales de protección de datos⁷⁴.

Otra de las cuestiones de la *Guía sobre el uso de cookies* de 2019 que suscitó controversias tras la entrada en vigor del RGPD fue en relación con la posibilidad de condicionar el acceso a la página web al previo consentimiento de *cookies* por el usuario. A diferencia de las Guías sobre el uso de *cookies* publicadas por las homólogas autoridades de protección de datos europeas como la británica (ICO) y la francesa (CNIL), la AEPD permitía el uso de las llamadas «*cookie walls*», esto es, el uso de *banners* o ventanas emergentes que bloquean el acceso a la página web hasta que no se produzca el consentimiento para el uso de *cookies* del usuario. No obstante, advierte que no se puede impedir su acceso si con ello se está impidiendo ejercer un derecho legalmente reconocido al usuario, como podría ser darse de baja como usuario registrado en la página web⁷⁵.

⁷² REYES RICO, L. I., «La compraventa programática de publicidad comportamental *online* y sus implicaciones en materia de protección de datos», *Revista Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, núm. 52, enero 2019, pp. 112-113.

⁷³ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, pp. 23-24. Y también, *Ídem* y RODRÍGUEZ DUARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación y Reglamento e-Privacy», *Diariolaley*, 2020, p. 2.

⁷⁴ RODRÍGUEZ DUARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación (...)» *op. cit.*, p. 2. Y también, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=ES>; última consulta: 09/11/2020.

⁷⁵ REYES RICO, L. I., «La compraventa programática (...)» *op. cit.*, pp. 113.

Todos estos interrogantes han sido aclarados por las referidas Directrices 05/2020 del CEPD adoptadas el 4 de mayo de 2020, obligando a las autoridades de protección de datos europeas y especialmente a la AEPD a modificar sus Guías para cumplir con las nuevas Directrices europeas.

3.4. La STJUE de 1 de octubre de 2019, asunto *Planet49*

Casi de forma simultánea a la aprobación de la Guía de la AEPD se dictó la relevante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) sobre el asunto *Planet49*, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán en relación con la interpretación de la Directiva *e-privacy* modificada por la Directiva *e-privacy* y del RGPD, a causa de una demanda contra la sociedad *Planet49* por establecer en su página web de videojuegos una casilla marcada por defecto para consentir el uso de *cookies* publicitarias por los usuarios que accedieran a la plataforma⁷⁶.

En primer lugar, el TJUE aclaró que el consentimiento para el uso de *cookies* debía darse mediante un claro acto afirmativo, de acuerdo la redacción del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy* que exige que el usuario «*haya dado su consentimiento*» en relación con el artículo 4.11 del RGPD que expresamente exige una «*clara acción afirmativa*» para otorgar el consentimiento. Además, señaló que es preciso tener en cuenta lo establecido en el Considerando 32 RGPD, por el que se acepta como fórmula válida para prestar el consentimiento marcar una casilla de aceptación por la que indica claramente la aceptación del tratamiento y, por el contrario, se prohíbe que pueda considerarse un consentimiento válido las casillas ya marcadas o la inacción por las que no se puede presumir claramente la aceptación al tratamiento⁷⁷. Por consiguiente, declaró contrario a estas disposiciones la prestación de consentimiento para el uso de *cookies* por medio de una casilla marcada por defecto por cuanto no puede considerarse una clara acción

⁷⁶ STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra. Planet49 GmbH. *Y también, El TJUE dicta que todas las cookies sean aceptadas de forma expresa*, 22 de octubre de 2019, disponible en <https://confilegal.com/20191022-el-tjue-dicta-que-todas-las-cookies-sean-aceptadas-de-forma-expresa/>; última visita: 31/10/2020.

⁷⁷ STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra. Planet49 GmbH, Cdos. núm.49-63.

afirmativa del usuario en ningún caso y así lo prevé expresamente el Considerando número 32 del RGPD⁷⁸.

Asimismo, la página web incluía una segunda casilla no marcada por defecto por la que el usuario consentía el envío de información promocional (vía correo electrónico, correo ordinario, teléfono o SMS), cuya aceptación por era requisito necesario para poder acceder al juego. En esta aceptación es en la que se basaba la empresa para alegar que el usuario dio su consentimiento al uso de *cookies* y, al respecto, el TJUE se pronunció en contra de que pueda considerarse una forma válida, atendiendo al requisito de consentimiento específico del artículo 6.1 a) RGPD, por cuanto no puede deducirse de una manifestación de voluntad que tenga un propósito diferente al tratamiento de datos⁷⁹ (en este caso, el acceso al juego).

Esto suponía que la acción de seguir navegando o *scrolling* como forma de prestar el consentimiento para el uso de *cookies* que consideraba válida la AEPD fuese contradictoria con lo dictado por el TJUE teniendo en cuenta que, por un lado, no se trataba de una «clara acción afirmativa» puesto que no podría presumirse de la misma la aceptación del usuario y, por otro lado, podía considerarse una acción demasiado general, es decir, no referida específicamente al uso de *cookies*⁸⁰. Esto fue lo que llevó a la AEPD a modificar su *Guía sobre el uso de cookies* en 2019. De igual forma, esta acción debía entenderse contraria a las normativas de protección de datos y de privacidad de las comunicaciones electrónicas si atendemos a la regulación de la revocación del consentimiento. Si se acepta que la acción de seguir navegando equivale al consentimiento del usuario, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 7.3 del RGPD, la revocación debería implicar la acción contraria, puesto que la retirada debería ser tan fácil como el otorgamiento⁸¹.

En segundo lugar, el TJUE extiende la aplicación de la normativa de protección de datos al ámbito de protección de la privacidad de las comunicaciones electrónicas en

⁷⁸ STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Planet49 GmbH, Cdos. núm.62 – 63.

⁷⁹ STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Planet49 GmbH, Cdos. 58-60.

⁸⁰ VIDAL, E., «La justicia europea se pronuncia sobre el consentimiento para el uso de cookies», *Expansión*, 30 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/10/30/5db876d2e5fdea196f8b4656.html>; última visita: 23/11/2020.

⁸¹ RODRÍGUEZ DUARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación (...)» *op. cit.*, p. 3.

general, y en particular a las *cookies*, sea la información recogida a través de estos dispositivos de almacenamiento de datos personales o no, de acuerdo con la referencia general a «información almacenada» del artículo 5.3 de la Directiva *e-privacy*, así como al Considerando 24 de la misma, que atribuye a la esfera privada del usuario toda información recogida por los dispositivos de almacenamiento, sin diferenciar categorías de datos⁸². Por consiguiente, el TJUE amplía el ámbito de aplicación de las normativas de protección de datos, en lo que se refiere a los requisitos del consentimiento informado, incluso a la información recogida por las *cookies* que no tenga carácter de dato personal.

3.5. La AEPD y el CEPD

Las autoridades de control son los principales organismos públicos independientes nacionales encargados de asegurar el cumplimiento de la normativa europea de protección de datos debiendo cooperar entre sí y con el CEPD como organismo europeo con personalidad jurídica encargado de la materia. Con este propósito, las autoridades de control gozan de distintos poderes de investigación, sancionadores y consultivos dentro de su territorio enumerados en el artículo 58 RGPD⁸³. El RGPD permite a los Estados Miembros nombrar a más de una autoridad de control dentro de su territorio atendiendo a lo dispuesto en su artículo 51.1 y en su Considerando 117, posibilitando la coexistencia de una autoridad de control nacional encargada de velar por el cumplimiento en todo el territorio y representar a la nación ante el CEPD y una o varias autoridades subnacionales o autonómicas encargadas del control de la normativa de protección de datos dentro de sus competencias autonómicas⁸⁴.

El RGPD dedica su Capítulo VI a la regulación de las autoridades de control, a diferencia de su predecesora, la Directiva 95/46/CE, que se limitaba a abordar la cuestión en un único precepto, concretamente en su artículo 28⁸⁵. Por consiguiente, el RGPD

⁸² STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband contra Planet49 GmbH, Cdos.núm. 66-71. Y también, RODRÍGUEZ DUARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación (...) *op. cit.*, p. 3.

⁸³ FRA, Consejo de Europa, SEPD y TEDG., *Manual de la legislación europea en materia de protección de datos*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2018, p. 219.

⁸⁴ TRONCOSO REIGADA, A., «Autoridades de control independientes», *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.), ÁLVAREZ CARO, A. y RECIO GAYO, M. (coord.), Ed. Reus, Madrid, 2016, pp. 483-484.

⁸⁵ Artículo 28.1 Directiva 95/46/CE: «Los Estados miembros dispondrán que una o más autoridades públicas se encarguen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la presente Directiva. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia.»

contiene una regulación de las autoridades de control bastante más precisa. Así, por ejemplo, mientras que la ya derogada Directiva de protección de datos se limitaba a señalar la independencia de estos organismos de forma general, el RGPD dedica toda una sección del Capítulo VI a esta cuestión concretando las garantías de independencia tanto sustanciales como formales. En cuanto a las primeras, el RGPD señala la independencia de las autoridades de control en el ejercicio de sus funciones que ya contenía la Directiva 95/46/CE y, siguiendo lo dictado por el TJUE en su sentencia de 9 de marzo de 2010⁸⁶, refuerza esta garantía frente a toda injerencia, directa o indirecta. Además, reconoce el derecho y obligación de las autoridades de control de no solicitar ni admitir ninguna instrucción de ninguna autoridad o poder público o entidad privada⁸⁷.

La AEPD es la autoridad de control encargada de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos en el territorio español. Fue creada por la LO 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁸⁸, precedente de la derogada LOPD. En España, el uso de *cookies* o dispositivos de almacenamiento similares sin obtener el consentimiento informado del usuario es una infracción leve de conformidad con el artículo 38.4 g) introducido por la Disposición Final segunda de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones⁸⁹, hasta entonces, no se consideraba una infracción. Esto supone la imposición de multas de hasta 30.000 euros por la comisión de infracciones leves, tal y como dispone el artículo 39.1 c) LSSI, pudiendo llegar hasta los 150.000 euros si la conducta es persistente de conformidad con el artículo 38.3 LSSI⁹⁰.

En virtud de los poderes sancionadores reconocidos a las autoridades de control en el artículo 58.2 RGPD que en el ámbito nacional incorpora el artículo 47 LOPDGDD, la AEPD es la autoridad competente para sancionar los incumplimientos de las normativas de protección de datos en territorio español y, en lo que se refiere a la infracción de las obligaciones de consentimiento e información para el uso de *cookies*

⁸⁶ STJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010, as. C-518/07, Comisión europea contra República Federal de Alemania, Cdo. núm. 32.

⁸⁷ TRONCOSO REIGADA, A., «Autoridades de control (...) op. cit., pp. 472-476.

⁸⁸ Artículo 34 LO 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal

⁸⁹ DF 2ª ap. 10 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones: *Se modifica el párrafo g) del artículo 38.4, que queda redactado como sigue: «g) Utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2.»*

⁹⁰ GONZÁLEZ ESPADAS, J., «La ley de cookies: nuevas sanciones.», *Comentarios vLex*, noviembre 2013, p.4; (disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/La+ley+de+cookies%3A+nuevas+sanciones/WW/vid/476084898>; última consulta: 21/12/2020).

recogida en el artículo 38.4 g), la competencia de la AEPD es confirmada en el artículo 43.1 LSSI⁹¹.

Durante el primer año tras la aprobación del RGPD, la AEPD fue bastante permisiva sancionando a los sitios web que no cumplían con las nuevas exigencias de consentimiento con meros apercibimientos. No fue hasta el año 2019, cuando comenzó a imponer sanciones económicas. Así, en octubre de 2019, la AEPD sancionó a la empresa *Vueling* por incumplir con el artículo 22.2 LSSI, fundamentando la referida sanción en que la página web no ofrecía la opción de denegar el consentimiento ni retirar el consentimiento ya prestado, limitándose a proporcionar información sobre la configuración del navegador. Y, todavía más reciente, en junio de 2020 la AEPD sancionó a *Twitter* por incumplir de igual forma con el artículo 22.2 LSSI por la instalación de *cookies* no necesarias automáticamente al acceder a la página web sin cumplir con las obligaciones previas de información y consentimiento del usuario⁹².

A nivel europeo, el CEPD es la autoridad de control creada por el RGPD en su artículo 68 como sucesor del GT 29 que fue incorporado por la derogada Directiva 95/46/CE⁹³. La diferencia fundamental entre el GT 29 y el actual CEPD radica en la naturaleza jurídica. Mientras que el primero no era más que un grupo de expertos con meras funciones de asesoramiento a la Comisión Europea, a pesar de haber adquirido prestigio y reconocimiento a lo largo de los años, el CEPD goza de plena capacidad jurídica⁹⁴. Por consiguiente, la gran novedad del CEPD en cuanto a sus funciones es la posibilidad de adoptar decisiones jurídicas vinculantes para resolver conflictos entre autoridades. No obstante, hasta la fecha no hay ninguna decisión jurídica vinculante.

⁹¹ Artículo 43.1 ap. segundo LSSI: «No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren las letras a) y b) del artículo 38.2 de esta Ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta Ley.»

⁹² ORTUÑO MELERO, R., «RGPD en perspectiva: nivel de cumplimiento e impacto en la organización», *Diariolaley*, 2020, p. 3. Y también, Procedimiento sancionador n.º PS/00300/2019 instruido por la AEPD a VUELING AIRLINES S.L., disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00300-2019.pdf>; última consulta: 16/11/2020; y Procedimiento sancionador n.º PS/00299/2019 instruido por la AEPD a TWITTER SPAIN S.L., disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00299-2019.pdf>; última consulta: 16/11/2020.

⁹³ Artículo 68.3 RGPD.

⁹⁴ RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 121-123.

En este sentido, el RGPD incrementa significativamente las funciones atribuidas al CEPD con respecto a las que tenía el GT 29 teniendo. Así, el artículo 70.1 RGPD enumera, además de las funciones de asesoramiento al Comité Europeo con respecto a la normativa de protección de datos y las transferencias de datos a terceros países u organizaciones internacionales que ya tenía el GT 29, las funciones relacionadas con el mecanismo de coherencia, la certificación, acreditación y aprobación de códigos de conducta, la publicación de directrices sobre seguridad, la transmisión de información entre las autoridades de control y aquellas otras relacionadas con la aplicación coherente del RGPD⁹⁵.

Esta última competencia recogida en el artículo 70.1 e) RGPD establece un mandato general por el que el CEPD, a iniciativa propia, del Comité o de uno de sus miembros, podrá examinar cualquier cuestión relacionada con la aplicación del RGPD elaborando dictámenes, recomendaciones o buenas prácticas tendentes a asegurar un cumplimiento coherente y homogéneo de la normativa europea⁹⁶. En virtud de la misma, con el objetivo de proporcionar una interpretación homogénea del requisito del consentimiento tras la aprobación del RGPD, el 4 de mayo de 2020 el CEPD publicó las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento de acuerdo con el RGPD para actualizar las Directrices del GT 29 de 2018 introduciendo novedades específicas en la forma de obtener el consentimiento en las *cookies* que obligaron a las autoridades de control comunitarias a cambiar sus Guías en esta materia para hacerlas coincidir con la reciente interpretación del RGPD.

En el caso de España, la AEPD como ya hemos mencionado, ha actualizado la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 requiriendo su cumplimiento por parte de las páginas web a partir del pasado 31 de octubre, tal y como ha publicado la misma en su portal web⁹⁷. A pesar de no tratarse de una norma vinculante, sino una mera Guía orientativa para facilitar la interpretación de la legislación en materia de *cookies*, las páginas web que utilicen estos dispositivos deben seguir los criterios establecidos en la misma si quieren evitar ser sancionados por la AEPD.

⁹⁵ *Ibidem.*, pp. 128-129.

⁹⁶ Artículo 70.1 e) RGPD.

⁹⁷ AEPD, «La AEPD actualiza su Guía sobre el uso de cookies para adaptarla a las nuevas directrices del Comité Europeo de Protección de Datos», portal web de la AEPD, 28 de julio de 2020; disponible en: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-actualiza-guia-cookies>; última consulta: 07/12/2020.

Por último, es importante mencionar que, según un reciente estudio de la Facultad de Derecho de Aarhus (Dinamarca) que analiza una de las plataformas de gestión de consentimiento más populares a nivel europeo, únicamente el 11,8% de las páginas web cumple mínimamente la normativa europea en materia de *cookies*. Los resultados del referido estudio se basan en la concurrencia de tres factores que deben darse en las páginas web para confirmar un cumplimiento mínimo: que no usen casillas marcadas con carácter previo, que el rechazo de *cookies* sea tan fácil como su aceptación y que el consentimiento sea explícito. Esto nos lleva a plantearnos si la causa por la que la mayoría de páginas web continúen incumpliendo la normativa de *cookies*, incluso las grandes empresas con mayores posibilidades de asesoramiento en este aspecto, pudiera ser la ineficacia de la acción sancionadora por ser ésta insuficiente. O, dicho con otras palabras, que a las empresas les salga más rentable pagar la sanción que conlleva el incumplimiento, continuando con el negocio de los datos obtenidos de los usuarios de la página web, que cumplir convenientemente con la normativa de *cookies*⁹⁸. En consecuencia, el régimen sancionador en materia de *cookies* no está cumpliendo con la finalidad de evitar el incumplimiento de la normativa, poniéndose en juego el derecho a la protección de datos usuarios cuya privacidad es comercializada por las empresas sin su consentimiento previo y sin ni si quiera ser conscientes de los riesgos que ello implica.

4. LAS OBLIGACIONES LEGALES PARA EL USO DE *COOKIES*

Como ya hemos estudiado, el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58/CE modificado por la Directiva 2009/136/CE a nivel europeo y, a nivel nacional, la LSSI en su artículo 22.2, exigen, para el uso de *cookies* por los editores de páginas web y/o terceros que se informe al usuario sobre las mismas, de forma clara y completa y, una vez informado, se solicite su consentimiento.

En este apartado vamos a estudiar las obligaciones de información y consentimiento exigidas por la normativa en materia de *cookies*, haciendo especial referencia a las actualizaciones de las Guías sobre el uso de las *cookies* de la AEPD provocadas por la aprobación del RGPD, así como por las recientes interpretaciones del mismo contenidas en las Directrices del CEPD sobre el consentimiento.

⁹⁸ ORTUÑO MELERO, R., «RGPD en perspectiva (...)» *op. cit.*, p.3. El estudio referido está disponible aquí en inglés: <https://arxiv.org/pdf/2001.02479.pdf>; última consulta: 16/11/2020.

4.1. Responsabilidad sobre el cumplimiento de las obligaciones

Con carácter previo al análisis de las obligaciones de consentimiento e información requeridas para el uso de *cookies* de acuerdo con las nuevas Directrices del CEPD, es importante definir quién tiene la responsabilidad de cumplir con estas exigencias, especialmente cuando intervienen terceros en el tratamiento de los datos obtenidos a través de estos dispositivos de almacenamiento. Resulta chocante que la LSSI no diga nada al respecto, lo que crea una gran inseguridad jurídica para los usuarios.

La AEPD, teniendo en cuenta que la LSSI no dice nada al respecto, advierte en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020, reiterando lo establecido la versión anterior, sobre la necesidad de colaboración entre las partes implicadas en la utilización de *cookies* para asegurar el cumplimiento de los requerimientos legales. En este sentido, con el objetivo de determinar la responsabilidad, distingue entre las *cookies* que se utilizan para finalidades exceptuadas de las obligaciones de consentimiento e información y las que se utilizan para finalidades que no están exceptuadas de su cumplimiento⁹⁹.

Por un lado, cuando se utilicen *cookies* necesarias que no requieran el cumplimiento de las obligaciones de información y consentimiento, ya sean propias o de terceros, no se exigirá la facilitación de información ni la obtención del consentimiento del usuario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando se empleen *cookies* de terceros exentas de estas obligaciones por ser necesarias para la prestación del servicio solicitado por el usuario, el editor deberá fijar contractualmente con el tercero que el tratamiento de los datos recogidos no tenga finalidades distintas a las estrictamente necesarias para la prestación del servicio. En caso contrario, el editor debería informar al usuario y obtener el su consentimiento para uso de *cookies* con esas otras finalidades¹⁰⁰.

Por otro lado, si las *cookies* utilizadas no están exentas de las obligaciones de información y consentimiento, se deberá diferenciar entre las *cookies* propias o de terceros. Respecto a las primeras, el editor tendrá la responsabilidad de informar y obtener el consentimiento del usuario, mientras que, si se utilizan *cookies* de terceros, la responsabilidad recaerá tanto en el editor como en la entidad que intervenga en la gestión de las *cookies* no exceptuadas. Sin embargo, la responsabilidad del editor no será necesariamente equivalente a la del tercero, sino que se deberán tener en cuenta las

⁹⁹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 30.

¹⁰⁰ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 30-31.

circunstancias concretas en cada caso, atendiendo a aquellos tratamientos sobre los cuales hayan decidido en lo que se refiere a los medios y fines de manera conjunta. Así lo interpretó el abogado general Bobek en las conclusiones generales sobre el asunto C-40/17 *Fashion ID* a las que se remite el TJUE para adoptar su decisión¹⁰¹. Según la opinión del abogado general, debía declararse responsable, por un lado, a la empresa alemana *Fashion ID*, editora de la página web en la que se incorporó un botón de «Me gusta» de *Facebook*, por el que se transfería información del usuario a la multinacional de forma automática al acceder a la misma. Y, por otro lado, la responsabilidad debía recaer, a su vez, en la empresa *Facebook Ireland*, como tercero, por cuanto incorporaba distintos tipos de *cookies* a los usuarios que visitaban la página del editor. Esta corresponsabilidad se justificaba en una identidad de fines, es decir, ambas empresas utilizaban las *cookies* con fines comerciales y de publicidad.

Por consiguiente, ambas partes serán corresponsables de facilitar al usuario la información sobre las finalidades de las *cookies* utilizadas, la identificación del tercero y la obtención del consentimiento, pero no podrá presumirse la responsabilidad del editor por ulteriores tratamientos de los datos por parte del tercero en los que ya no intervenga, por lo que será responsabilidad exclusiva del tercero. Así, por ejemplo, la responsabilidad del editor no recaería en el tratamiento posterior no acordado por ambas partes por el que el tercero utilice los datos recogidos para la elaboración de perfiles¹⁰². Al respecto, el GT 29 en su Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental señaló que la responsabilidad del editor con respecto al tratamiento de los datos por parte del tercero se deriva de la primera fase, es decir, de la facilitación de la transferencia de la dirección IP al tercero cuando el usuario accede a la página web del editor. Sin embargo, el editor no será responsable del tratamiento posterior que el tercero haga de la información obtenida para, por ejemplo, crear perfiles que se utilicen para enviar publicidad personalizada¹⁰³.

¹⁰¹ STJUE (Sala segunda), de 29 de julio de 2019, asunto C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG* contra. *Verbraucherzentrale NRW eV*, Cdo. núm. 74: «*De lo anterior se desprende, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 101 de sus conclusiones, que una persona física o jurídica únicamente puede ser responsable, en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46, conjuntamente con otros, de las operaciones de tratamiento de datos personales cuyos fines y medios determine conjuntamente. En cambio, y sin perjuicio de una eventual responsabilidad civil prevista en el Derecho nacional al respecto, dicha persona física o jurídica no puede ser considerada responsable, en el sentido de dicha disposición, de las operaciones anteriores o posteriores de la cadena de tratamiento respecto de las que no determine los fines ni los medios.*»

¹⁰² AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 31-32.

¹⁰³ Dictamen 2/20120 sobre publicidad comportamental en línea del GT 29, pp. 12-13.

En este sentido, la AEPD recomienda incorporar a los contratos celebrados entre el editor y el tercero, una o varias cláusulas por las que se obliguen a cumplir con las exigencias de consentimiento e información de manera efectiva y, además, se concreten las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho a la revocación del consentimiento del usuario. Asimismo, advierte de la ineficacia de las cláusulas contractuales por las que se desplace la responsabilidad administrativa a una de las partes¹⁰⁴.

4.2. Información y transparencia

El requisito de información está íntimamente ligado con la obligación de consentimiento, puesto que es una de las condiciones que el mismo debe reunir para ser considerado válido de conformidad con la definición recogida en el artículo 4.11 RGPD. Así, el control del interesado sobre sus propios datos personales se manifiesta esencialmente en la posibilidad de otorgar o denegar su consentimiento para el tratamiento de los mismos. No obstante, esta decisión no será válida si no es tomada plenamente consciente, para lo que es requisito imprescindible la información previa facilitada al usuario. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, consideró relevante el requisito de información en el poder de disposición de los datos personales del individuo, manifestando que no vale de nada este último si el afectado desconoce los tipos de datos que son utilizados, la identificación de sus poseedores y las finalidades de tratamiento¹⁰⁵.

Con la aprobación del RGPD, la obligación de información también se vio reforzada al recoger entre los principios relativos al tratamiento enumerados en su artículo 5 el principio de transparencia, estrechamente relacionado con los principios de licitud y lealtad. Este principio es desarrollado en el artículo 12 RGPD, así como en sus Considerandos 39 y 58, como un deber de facilitar la información al interesado de forma concisa, comprensible, de fácil acceso y en un lenguaje claro y sencillo, especialmente cuando la información esté dirigida a un niño. Al respecto, el GT 29 y el actual CEPD han señalado en sus Directrices sobre el consentimiento que cumplir con el requisito de

¹⁰⁴ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 31.

¹⁰⁵ PREGO DE OLIVER FERNÁNDEZ J.A. y DE ASÍS ROIG, A.E., «La transparencia como elemento de apoyo al consentimiento en materia de protección de datos» (tesis doctoral), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017, pp. 108-109. Y también, STC (Pleno) 292/2000, rec. de inconstitucionalidad 1463/2000, de 30 de noviembre, FJ 6: «*Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.*»

información con carácter previo a la obtención de consentimiento es esencial para que el interesado pueda tomar decisiones conscientes y entender lo que está autorizado y las consecuencias que se derivan de ello, de lo contrario el consentimiento no sería válido¹⁰⁶.

En lo que respecta a las *cookies*, el artículo 22.2 LSSI, como ya hemos estudiado, únicamente se refiere a una información clara y completa sobre los fines para los que se va a utilizar la información recogida, sin especificar nada más sobre la forma y contenido, para lo que se remite a la normativa general de protección de datos. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor del RGPD, la información que se facilite al usuario sobre los fines de tratamiento tendrá que cumplir con las condiciones mencionadas del requisito de transparencia, tal y como ha indicado la AEPD en las *Guías sobre el uso de cookies* posteriores al RGPD¹⁰⁷.

4.2.1. Contenido

El RGPD añade información adicional que el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado en sus artículos 13 y 14, especialmente aquella requerida para cumplir con el principio de transparencia. Así, la derogada LOPD, atendiendo a lo dispuesto por la entonces vigente Directiva de protección de datos, exigía informar al interesado (i) de la identificación del responsable y, en su caso, de su representante, (ii) del destinatario o destinatario de los datos de acuerdo con la definición del artículo 4.9 RGPD¹⁰⁸, (iii) del carácter obligatorio o no de la contestación y sus consecuencias, (iv) de los propósitos para los que se van a tratar sus datos, (v) de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y (vi) de los tipos de datos tratados cuando no se hubieran recogido del propio interesado (p. ej., datos obtenidos de una cesión legítima o de una fuente de acceso público)¹⁰⁹.

Con la entrada en vigor del RGPD se añade a la anterior información (i) los datos de contacto del Delegado de protección de datos, (ii) la base jurídica que legitima el

¹⁰⁶ GT 29, *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento 2016/679*, 2018, p. 12. Y también, CEPD, *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679*, 2020, p. 14.

¹⁰⁷ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 15. Y también, AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, p. 15.

¹⁰⁸ El concepto de destinatario se encuentra definido en el artículo 4.9 RGPD como: «*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero.*»

¹⁰⁹ Artículos 10 y 11 LOPD. Y también, AEPD, *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2018, pp. 2-3.

tratamiento, (iii) el plazo de tiempo que van a ser conservados los datos recogidos para las diferentes categorías o finalidades, (iv) el uso de los datos recogidos para la toma de decisiones automatizadas, en su caso, (v) las posibles transferencias de datos a terceros países, (vi) el derecho a interponer reclamaciones ante las autoridades de control de conformidad con el artículo 77 RGPD y (vii) el origen de los datos cuando no hayan sido obtenidos por el propio interesado¹¹⁰.

En lo que respecta al contenido de la información sobre las *cookies* que se debe mostrar al usuario, resulta necesario traer a colación la Resolución de la AEPD de 2014 que ya hemos estudiado por la que se confirma el contenido mínimo de la información sobre *cookies* que se debe facilitar al usuario ya contemplado en su *Guía sobre el uso de las cookies* de 2013. De acuerdo con las mismas, el contenido mínimo que se requería antes de la entrada en vigor del RGPD para el uso de *cookies* era la definición y funciones de las *cookies*, los tipos de *cookies* utilizadas y su finalidad, la identificación del editor o del tercero en su caso y, por último, el modo de aceptar, rechazar o revocar el consentimiento.

La nueva regulación del RGPD supuso la modificación de la *Guía sobre el uso de cookies* de 2013 para adaptarla a la norma europea, ampliando el contenido mínimo de la información sobre *cookies* en sus Guías posteriores. En lo que se refiere al contenido de la información la Guía sobre el uso de *cookies* de 2020 no supuso ningún cambio con respecto a la de 2019. Así, además de la información ya mencionada, la AEPD añade que se deberá informar al usuario, en su caso, del envío de los datos recogidos a terceros países, así como de la adopción de decisiones automatizadas y, en todo caso, del plazo de tiempo de conservación de los datos recogidos para cada finalidad. En cuanto al resto de información que establece el artículo 13 RGPD no referida al uso de *cookies*, la AEPD señala que bastará con remitirse a la política de privacidad¹¹¹.

Por otro lado, la AEPD concreta de un modo más específico, añadiendo ejemplos, la información que se debe mostrar al usuario, con la finalidad de facilitar el cumplimiento del principio de transparencia recogido en el RGPD.

¹¹⁰ Artículos 13 y 14 RGPD. Y también, AEPD, *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, 2018, pp. 2-3.

¹¹¹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 15-17.

Así, en lo referido a la información sobre tipos de *cookies* y las finalidades de cada una de ellas permite a los editores incorporar un enlace a la página web del tercero cuando les resulte imposible ofrecer una información suficiente.

En cuanto a la identificación de los destinatarios que utilizan las *cookies*, con la finalidad de mostrar una información concisa de acuerdo con el principio de transparencia, recomienda usar desplegables o textos emergentes en los que se muestre la información completa de los datos de identificación, bastando con indicar su nombre o marca pública en la política de *cookies*.

Por lo que respecta a la información sobre el modo de aceptar, rechazar o recuperar el consentimiento de *cookies*, en aquellos casos en los que desde el sistema de configuración facilitado por la página web del editor no se pueda revocar las *cookies* de terceros, la AEPD advierte de la necesidad de facilitar esa información al usuario.

Por último, atendiendo a la opinión del GT 29 en sus Directrices sobre la transparencia en virtud del RGPD¹¹², confirmada por el CEPD¹¹³, en lo referido a la información sobre la transferencia de datos a terceros países, ésta debe incluir la identificación de los terceros países, así como la base jurídica que permite estas transferencias y la forma de acceso al documento, bastando con la referencia a la información facilitada por el tercero en caso de que sean éstos los que la realicen¹¹⁴.

4.2.2. Requisitos de la información

Como ya hemos adelantado, además del deber de cumplir con el requisito de contenido mínimo, la información sobre las *cookies* debe mostrarse al usuario atendiendo a los requisitos del principio de transparencia. Resulta necesario en este punto traer a colación las Directrices sobre transparencia en las que el GT 29 realizó una gran labor interpretativa de este principio, concretando cada uno de los requisitos que lo conforman. A estas Directrices y al Dictamen 15/2011 por el que el GT 29 recomendó por primera vez adaptar el lenguaje y contenido de la información al nivel técnico de los usuarios, hace referencia la AEPD en sus Guías sobre el uso de las *cookies* posteriores al RGPD para explicar los requisitos que debe cumplir la información atendiendo al principio de

¹¹² Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2018, p. 43.

¹¹³ Directrices 2/2018 sobre las excepciones contempladas en el artículo 49 del Reglamento 2016/679 del CEPD, 2018, p. 8.

¹¹⁴ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 15-17.

transparencia¹¹⁵. En consecuencia, los requisitos de información de la Guía de 2020 tampoco sufrieron ningún cambio con respecto a la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2019.

Atendiendo a la clasificación de la AEPD en su *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020, en primer lugar, la información debe exponerse de forma «*concisa, transparente e inteligible*»¹¹⁶. Con la finalidad de evitar una sobrecarga de información al usuario, que terminaría por aceptar sin pararse a leer la política de *cookies* y, por consiguiente, sin ser consciente de lo que ha consentido y sus consecuencias, la información debe ser clara, concreta y comprensible para el usuario medio. Estas condiciones están estrechamente relacionadas con el requisito de utilizar un lenguaje claro y sencillo, adecuado al perfil de usuario al que está dirigida la página web. Se debe partir en todo momento de la comprensión del usuario medio sobre las *cookies* proporcionando una información básica. Si la plataforma está dirigida a un perfil de usuario con mayores conocimientos sobre Internet se deberá incluir información más técnica, mientras que si, por el contrario, los usuarios a los que va dirigido gozan de un nivel de conocimientos informáticos menor, se deberá incluir información adicional que facilite su entendimiento evitando tecnicismos¹¹⁷.

En segundo lugar, en línea con las condiciones de claridad y sencillez, se exige que el lenguaje utilizado en la política de *cookies* no pueda dar lugar a confusiones, debiendo evitarse términos abstractos que puedan dar lugar a distintas interpretaciones. Por consiguiente, la AEPD advierte de que las expresiones tradicionales como «*utilizamos cookies para mejorar su experiencia*» o expresiones que no son ciertas como «*puede que utilicemos*», no van a ser fórmulas informativas aceptables¹¹⁸. El GT 29 añade al respecto en sus Directrices sobre transparencia que el responsable del tratamiento deberá poder demostrar la imposibilidad de utilizar un lenguaje más preciso y asegurarse, en su caso, de que las traducciones de las políticas de *cookies* sean correctas. Además, en

¹¹⁵ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2018, pp. 7.15. Y también, Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento del GT 29, 2011, p. 39.

¹¹⁶ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 17.

¹¹⁷ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2018, pp. 7-8. Y también, AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 17-18.

¹¹⁸ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 18. Y también, Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2018, pp. 9-10.

la redacción, recomienda evitar el exceso de sustantivos, utilizar la voz pasiva y estructurar el texto utilizando viñetas y guiones¹¹⁹.

Por último, se debe poder acceder fácilmente a la información, lo que implica que tendrá que estar posicionada en la página web claramente visible para el usuario, sin requerir su búsqueda, incluso tras haber prestado el consentimiento. La AEPD, con el fin de facilitar el cumplimiento del requisito de accesibilidad, señala algunas formas de resaltar el enlace a la política de *cookies* en las páginas web, tales como aumentar su tamaño o utilizar una fuente distinta al texto de la página, su ubicación en una zona de la página claramente visible, la denominación específica de «*política de cookies*» o el uso de herramientas que destaquen el enlace como encuadres o subrayados. Además, aconseja mantener visible la información sobre la gestión del consentimiento en todo momento, bastando para su cumplimiento con la incorporación de un enlace que lleve al mecanismo de gestión en la propia política de *cookies*¹²⁰.

4.3. El consentimiento

4.3.1. Titulares

Los sujetos que deben ser informados y prestar su consentimiento para el uso de *cookies* serán tanto las personas físicas como las personas jurídicas cuyos datos hayan sido recogidos por estos dispositivos. Concretamente la LSSI los denomina «destinatarios», entendiendo por éstos, aquellas persona físicas o jurídicas que hacen uso de un servicio de la sociedad de la información ya sea con propósitos laborales o privados¹²¹.

La principal novedad del RGPD en relación con los titulares del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales gira en torno a los menores de edad y es que, por primera vez, una norma europea en materia de protección de datos personales incluye entre sus previsiones una referencia expresa a estos sujetos¹²². Concretamente el RGPD dedica su artículo 8 a la regulación del consentimiento de los menores de edad. No

¹¹⁹ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2017, pp. 10-11.

¹²⁰ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 18-19.

¹²¹ Apartado d) del Anexo de la LSSI.

¹²² PIÑAR REAL, A., «Tratamiento de datos de los menores de edad», *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, J.R. (dir.), RECIO GAYO, M.; ÁLVAREZ CARO, M., (coord..) edit.: Reus, Zaragoza, 2016, p. 188.

obstante, el referido precepto deberá ser completado con otros artículos y considerandos del Reglamento que regulan el consentimiento en otros aspectos¹²³.

En relación con la regulación del consentimiento de los menores que omitía la derogada LOPD y que algo concretaba, especialmente el Reglamento 1720/2007 que la desarrolla (en adelante, RLOPD)¹²⁴, encontramos importantes diferencias que merecen especial interés:

Primeramente, el artículo 8.1 RGPD eleva la edad mínima para prestar válidamente el consentimiento, sin necesidad de autorización del titular de la patria potestad o tutela, a los 16 años, frente a los 14 que establece el RLOPD. Sin embargo, autoriza a los Estados miembros a establecer en su Ley nacional una edad inferior, fijando como límite mínimo la edad de 13 años¹²⁵. Por tanto, en España la edad mínima para prestar consentimiento sin autorización de los padres o tutores seguirá siendo la de 14 años dispuesta en el RLOPD¹²⁶ y en la actual LOPDGDD¹²⁷.

Atendiendo a la literalidad del artículo, resulta interesante mencionar, como otra novedad del RGPD frente al RLOPD, la referencia al tratamiento de los datos de los menores únicamente en «*relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de información*». Al respecto, el CEPD, en sus Directrices sobre el consentimiento de 2020, reiterando lo establecido por el GT 29 en la versión anterior, se remite a la jurisprudencia del TJCE¹²⁸ para afirmar la extensión del término «*servicios de la sociedad de la información*» a cualquier prestación de servicio en línea. Y, en cuanto a la referencia a «*servicios ofrecidos directamente a un niño*», señala que el artículo 8 RGPD únicamente será aplicable a aquellos servicios en línea que no informen a sus usuarios de la oferta de sus servicios se dirige a personas mayores de edad¹²⁹.

¹²³ Vid. Artículos 6.1 f), 12.1, 40.2 g) y 57.1 b) y Considerandos n.º 38, 58, 65 y 75 RGPD. Y también, *Ibidem.*, pp. 188-190.

¹²⁴ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

¹²⁵ ADSUARA VARELA, B., «El consentimiento», Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, PIÑAR MAÑAS, J. R. (dir.), RECIO GAYO, M.; ÁLVAREZ CARO, M. (coord.), edit. Reus, Zaragoza, 2016, pp. 163-164.

¹²⁶ Art. 13.1 RLOPD.

¹²⁷ Art. 7.1 de la LOPDGDD.

¹²⁸ STJUE (Sala Tercera), de 2 de diciembre de 2010, asunto C-108/09, Ker-Optika bt contra ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet, Cdos. 22 y 28.

¹²⁹ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del CEPD, p. 24-26.

Seguidamente, el mismo RGPD en su apartado segundo, establece el deber del responsable del tratamiento de realizar los esfuerzos razonables para comprobar la autenticidad del consentimiento dado o autorizado por los titulares de la patria potestad o tutela del menor¹³⁰. Del término «*esfuerzos razonables*» se puede deducir que la voluntad del legislador es adecuar el modo de verificación al nivel de riesgo de privacidad que implica el tratamiento, siendo este más estricto cuanto mayor riesgo para la privacidad implique. Por otro lado, es importante tener en cuenta que el RGPD establece el deber de comprobación referido únicamente a la autorización o consentimiento del titular de la patria potestad o tutela del menor, a diferencia del RLOPD, que exige además la verificación de la edad del menor¹³¹. En relación con esto último, a pesar de no reconocerlo expresamente el RGPD, el GT29 considera implícito el deber del responsable del tratamiento de verificar la edad del menor, fundamentándolo en la ilicitud del uso de datos personales realizado con el consentimiento otorgado por un niño que no tenga la edad requerida para prestarlo válidamente¹³².

Las razones por las que el RGPD refuerza la protección especial de los menores en el ámbito de la sociedad de la información se refleja en el Considerando 38 RGPD. El mismo establece la vulnerabilidad de los menores que son menos conscientes de los riesgos que implica el tratamiento de sus datos personales, en particular, cuando se utilicen con fines de mercadotecnia o para la elaboración de perfiles, en cuyo caso se deberá prestar especial atención a la protección de sus datos¹³³. Al respecto, el GT 29 en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles, recomendó a las organizaciones evitar utilizar los datos de los menores para estos fines, a la que se refiere la AEPD en la *Guía sobre el uso de las cookies* recomendando a los editores abstenerse de utilizar *cookies* con estos propósitos en las páginas webs dirigidas a los niños¹³⁴.

Esta novedad se vio reflejada en la *Guía sobre el uso de cookies* de 2019 incluyendo una referencia al consentimiento de los menores de 14 años, a diferencia de la Guía de 2013 que no decía nada al respecto. La reciente de 2020 reitera lo que ya

¹³⁰ Art. 8.2 RGPD.

¹³¹ PIÑAR REAL, A., «., «Tratamiento de datos (...)» *op. cit.*, p. 199-201.

¹³² Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Grupo de trabajo del artículo 29 sobre protección de datos, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, p. 29.

¹³³ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del CEPD, p. 24.

¹³⁴ Directrices sobre decisiones automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos de Reglamento 2016/679 del GT 29, 2017, p. 32. Y también, AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 28.

disponía su predecesora en este aspecto, estableciendo expresamente en los sitios web dirigidos a menores de edad la obligación del responsable del tratamiento de verificar el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela de acuerdo con las exigencias del RGPD, para lo que deberá tener en cuenta el concreto riesgo que implica para la privacidad del usuario la utilización de las *cookies* (p. ej., según el tipo de *cookie* o los datos que se recogen).

En línea con lo anterior, la AEPD ofrece varios ejemplos para obtener el consentimiento en las páginas dirigidas a menores, siendo más sencillo cuanto menor sea el riesgo. Así, cuando el uso de *cookies* de la página web no implique prácticamente ningún riesgo para la privacidad del menor, se podrá obtener el consentimiento indicando en la primera capa de información que debe avisar a su madre, padre o tutor en caso de ser menor de 14 años para que lean la información sobre *cookies* y pulsen el botón de aceptar en caso de que consientan el uso de las mismas. En el supuesto en el que la página web utilice *cookies* que recojan información sobre sus hábitos de navegación, sin que llegue a implicar la elaboración de perfiles del usuario, se incluirá un campo para que el titular de la patria potestad o tutela indique el año en el que nació. Cuando el uso de *cookies* implique mayor riesgo que el del supuesto anterior, se podrá solicitar otro tipo de información adicional de autenticación, como podría ser la dirección de e-mail de los padres o tutores mediante la que el editor podrá solicitar su consentimiento o la aportación de la fotocopia del DNI¹³⁵.

Como vemos, los mecanismos implementados son realmente insuficientes para corroborar la edad del menor puesto que, en la práctica, resulta complicado comprobar fehacientemente que los sujetos que consienten son los representantes del menor y que la manifestación de voluntad de los mismos es auténtica. Algunos autores han recomendado, para resolver este problema de verificación, implementar la identificación mediante huella digital o el DNI electrónico. En la misma línea, destacan la importancia de una adecuada información de los padres y tutores, para que a través de ellos se controle el mal uso de las nuevas tecnologías por parte de los menores. La tecnología seguirá avanzando y su uso seguirá siendo incontrolable por muchas normas que se implementen, por lo que

¹³⁵ AEDP, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 26-27.

para evitar la vulneración de nuestra privacidad en estos medios de deberá prestar mayor atención a la información y sensibilización de la comunidad en estos aspectos¹³⁶.

4.3.2. Requisitos

El consentimiento, como ya hemos estudiado, se encuentra definido en el artículo 4.11 del RGPD como «*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*»¹³⁷. Del tenor literal del precepto podemos identificar los distintos requisitos del consentimiento válido, los cuales fueron precisados por el GT 29 en sus Directrices sobre el consentimiento de 2018 y actualizadas por las Directrices sobre el consentimiento de 2020 del CEPD. Por tanto, en lo que se refiere a los requisitos del consentimiento, en las siguientes líneas nos referiremos a esta última versión actualizada.

a) Consentimiento libre.

Para que el consentimiento sea válido, en primer lugar, debe haber sido otorgado libremente, lo que implica una elección real y meditada. Es decir, el consentimiento del interesado no puede estar sometido a ninguna influencia o presión¹³⁸, para cuya evaluación se atenderá a las causas que impiden una decisión libre del mismo establecidas en el artículo 7.4 RGPD en relación con los considerandos número 42 y 43 RGPD.

Una de las causas que influye en el consentimiento libre, de acuerdo con el Considerando 43, es la existencia de un desequilibrio de poder entre el interesado y el responsable del tratamiento, por ejemplo, cuando este último sea una autoridad pública o, en el contexto de una relación laboral, el empleador¹³⁹. En el ámbito de las *cookies* lo más común será encontrarse con páginas web de administraciones públicas que utilicen

¹³⁶ REYES MÉNDEZ, D., «El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica», *Diariolaley*, núm. 9335, 2019, p. 16.

¹³⁷ Artículo 4.11 RGPD.

¹³⁸ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 2016/679 del CEPD, 2020, Cdos. 13-14.

¹³⁹ Considerando 43 RGPD: «*Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. (...).*»

este tipo de dispositivos. Sin embargo, en tanto que no realice ninguna actividad económica no les será de aplicación la LSSI y, por tanto, el consentimiento informado no será la única base legítima para tratar sus datos.

Además, el mismo Considerando 43 RGPD aclara que el consentimiento no podrá presumirse libre cuando el modo de obtenerlo no permita al interesado prestar un consentimiento separado para cada uno de los fines¹⁴⁰. Es decir, si el consentimiento solicitado para el tratamiento de datos se refiere a todas las finalidades en su conjunto, sin permitir al interesado aceptar o rechazar el tratamiento para cada uno de los propósitos de forma individual, no será válido¹⁴¹. Esta disociación se requiere igualmente para cumplir con los requisitos de consentimiento específico y de consentimiento informado. En este sentido, la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 aconseja mostrar la selección de *cookies* de forma granular, de acuerdo con su finalidad y, dentro de cada grupo de *cookies* según su finalidad, diferenciando entre *cookies* propias o de terceros, evitando en la medida de lo posible un exceso de información que dificulte el entendimiento¹⁴².

Por otro lado, de acuerdo con lo expresado en el artículo 7.4 RGPD, cuando se supedita un servicio o contrato a la obtención del consentimiento para el tratamiento de datos no necesarios para su prestación o ejecución, se entenderá que no ha sido prestado de forma libre¹⁴³.

Como novedad con respecto a las anteriores Directrices del GT 29, el CEPD incluye una referencia a las *cookies* en esta cuestión, advirtiendo de que el acceso a la página web condicionando a la prestación del consentimiento sobre la utilización de dispositivos de almacenamiento de información por el usuario no podrá considerarse otorgado libremente, dado que no se ofrece al usuario una verdadera elección¹⁴⁴. Por consiguiente, el CEPD prohíbe expresamente la utilización de las comúnmente

¹⁴⁰ Considerando 43 RGPD *in fine*: «(...). Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.»

¹⁴¹ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 2016/679 del CEPD, 2020, Cdos.42-45.

¹⁴² AEDP, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 22.

¹⁴³ Artículo 7.4 RGPD: «Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.»

¹⁴⁴ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 2016/679 del CEPD, 2020, Cdos. 39 y 40.

denominadas «*cookies walls*», es decir, las ventanas en las que se solicita el consentimiento de *cookies* que aparecen al acceder a la página web y que impiden su visualización hasta que el usuario no las acepte.

De acuerdo con el CEPD, la AEPD ha incluido esta prohibición en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 de forma expresa. No obstante, de acuerdo con el CEPD los muros de *cookies* no son válidos por cuanto no se le facilita al usuario una «*elección genuina*» y, en consecuencia, la AEPD añade que, siempre que se facilite al usuario una alternativa equivalente prestada por el propio editor y se le informe adecuadamente, podrá utilizarse ese modo de obtener el consentimiento¹⁴⁵. Esto ha supuesto una gran diferencia con respecto a la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2019 por la que, sorprendentemente, a pesar de las exigencias con respecto al consentimiento libre que imponía el RGPD, se permitía el uso de *cookies walls* condicionado a la prohibición de impedir el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario cuando el acceso a la página fuese el único medio para ejercitarlo¹⁴⁶.

Parece lógico que si el acceso a la página no puede estar supeditado a la prestación del consentimiento tampoco su rechazo o revocación podría implicar un perjuicio para el interesado. Así, lo establece expresamente el Considerando 42 RGPD reconociendo que, en ese caso, el consentimiento no será prestado de forma libre y, por tanto, no será considerado válido¹⁴⁷. Se entiende por perjuicio, la opinión de la AEPD, la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento en los términos regulados en el Código Civil., como son el error, la violencia, la intimidación o el dolo¹⁴⁸.

b) Consentimiento específico.

El consentimiento debe ser específico, es decir, ha de otorgarse para una o varias finalidades concretas o para varias operaciones de tratamiento diferentes siempre que tengan el mismo fin, de acuerdo con el artículo 6.1 a) RGPD en relación con el Considerando 32 RGPD. Además, debe tenerse en cuenta el principio relativo al tratamiento de datos por el que los mismos deben recogerse «*con fines determinados*,

¹⁴⁵ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 30.

¹⁴⁶ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, p. 29.

¹⁴⁷ Considerando 42 RGPD *in fine*: «*El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.*»

¹⁴⁸ Informe del Gabinete Jurídico núm. 0081/2009 de la AEPD, 2009, p.3.

*explícitos y legítimos»*¹⁴⁹. Por consiguiente, como ya hemos mencionado, el consentimiento específico está estrechamente relacionado, por un lado, con el consentimiento informado, por cuanto los responsables del tratamiento deben facilitar al interesado información específica para cada finalidad de tratamiento separada de la información sobre otros aspectos y, por otro lado, con el consentimiento libre, puesto que para cumplir con ambos requisitos del consentimiento se deberá facilitar la información de forma granular¹⁵⁰.

De acuerdo con el requisito del consentimiento informado, la AEPD exige que la información que se ponga a disposición del usuario sobre el uso de las *cookies* se diferencie del resto de información sobre otras cuestiones como los términos y condiciones de la página web o la política de privacidad y, además, se facilite de forma granular de acuerdo con la finalidad de las *cookies* como ya mencionamos cuando al hablar del consentimiento libre¹⁵¹.

c) Consentimiento informado.

En este punto debemos remitirnos a lo ya estudiado en relación con la obligación de información puesto que para que el consentimiento sea informado deberá cumplir con los requisitos y contenido mencionados.

En cuanto a la información sobre el modo de consentimiento para el uso de *cookies*, la AEPD advierte de la necesidad de explicar al usuario la acción concreta por la que se entenderá que lo acepta, cuando ésta sea diferente a hacer clic en el botón de «aceptar» o a su selección en la configuración, es decir, cuando las acciones sean menos evidentes¹⁵².

d) Consentimiento inequívoco

Por último, como novedad respecto a la redacción dada por el artículo 2 h) de la ya derogada Directiva 95/46/CE, el artículo 4.11 RGPD requiere una manifestación de voluntad inequívoca otorga «*mediante una declaración o una clara acción afirmativa*».

¹⁴⁹ Artículo 5.1 b) RGPD.

¹⁵⁰ Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679 del CEPD, 2020, Cdos. 55-61.

¹⁵¹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 20 y 23.

¹⁵² AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 23.

Esto supone, como hemos estudiado, que el consentimiento tácito ya no está permitido como forma válida de otorgar el consentimiento, puesto que el interesado debe actuar de forma consciente y deliberada.

Este precepto debe interpretarse en relación con el Considerando 32 que ofrece algunas orientaciones prácticas de lo que debe entenderse por «*clara acción afirmativa*» en sentido negativo. Así, establece que el silencio o la inacción del interesado no supone una clara acción afirmativa y, por consiguiente, tampoco serán válidas las casillas ya marcadas¹⁵³.

Por lo que respecta al consentimiento inferido de la acción de seguir navegando, el CEPD aclara en las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento que, de la propia redacción del Considerando 32, se deduce que la acción de desplazarse por la página web o similar no será válida por cuanto no puede inferirse de la misma una clara acción afirmativa e inequívoca distinguible de otras manifestaciones del usuario diferentes a la de prestar el consentimiento¹⁵⁴.

En este sentido, la AEPD ha actualizado su *Guía sobre el uso de las cookies* para ofrecer unas orientaciones adaptadas a las nuevas Directrices del CEPD. La nueva Guía elimina toda referencia a la validez del consentimiento tácito para el uso de *cookies* que contenía la anterior redacción, reforzando la obligación de consentimiento inequívoco otorgado mediante una clara acción afirmativa del usuario. Así, la AEPD modifica el término «*algún tipo de acción*» por el de «*una clara acción afirmativa*» en relación con la acción requerida para prestar el consentimiento sobre el uso de *cookies* por parte del usuario. De igual forma, se refiere expresamente a la prohibición establecida por el CEPD sobre la fórmula de seguir navegando como modo válido de prestar el consentimiento e incluye, como fórmulas no válidas, la acción de acceder a la segunda capa de información

¹⁵³ Considerando 32 RGDP: «*El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. (...)*»

¹⁵⁴ Vid. ejemplo 16 de las Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679 del CEPD, de 4 de mayo de 2020.

y la de desplazarse por la página hasta la opción de configuración para gestionar las *cookies*¹⁵⁵.

4.4. Modos de obtener el consentimiento y mostrar la información: la información por capas

El RGPD no requiere una forma o medio determinado por el que se deba cumplir con las obligaciones de información y consentimiento para el uso de las *cookies*, sino que, por el contrario, permite que la información pueda ser facilitada por escrito o por cualquier otra forma, incluso verbalmente o por medios electrónicos, siempre que se pueda identificar al interesado por otros medios¹⁵⁶. No obstante, no especifica cuáles son estos medios.

Acorde esta libertad de forma, la AEPD ofrece diferentes fórmulas válidas de recabar el consentimiento que han sido actualizadas de acuerdo con las recientes Directrices del CEPD por la nueva *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020, especialmente en lo que se refiere al modo de información por capas. Así, el consentimiento para el uso de *cookies* se puede obtener al darse de alta de un servicio, durante su configuración, mediante las plataformas de gestión del consentimiento o CMP, con carácter previo a la descarga de un servicio ofrecido por la página (p. ej., consentimiento para el uso de *cookies* que permiten la visualización de un video de *YouTube* dentro de una página web que lo tiene incorporado), a través del modo de información por capas o mediante la configuración del navegador.

No obstante, en lo que respecta a los medios electrónicos, el GT 29 aconseja utilizar el modo de obtener el consentimiento mediante la información por capas o niveles en sus Directrices sobre transparencia, con la finalidad de evitar una sobrecarga de información, al dividirla en dos ventanas en lugar de agruparla toda en una sola¹⁵⁷. Este modo de obtener el consentimiento es el único que ha sufrido cambios con las actualizaciones de las *Guías sobre el uso de cookies*, por lo que únicamente nos referiremos al mismo en este apartado.

¹⁵⁵ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 23.

¹⁵⁶ Artículo 12.1 RGPD y Considerando 32 RGDP.

¹⁵⁷ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2017, pp.12-13.

a) Contenido mínimo de la información por capas.

El contenido que se debe facilitar en cada uno de los niveles ha sido establecido por el GT 29 en sus Directrices sobre transparencia. De acuerdo con las mismas, en la primera capa, atendiendo a lo dispuesto por el Considerando 39 RGPD¹⁵⁸ sobre el principio de transparencia, con anterioridad a la solicitud del consentimiento, se deberá facilitar la información referida a la identificación del responsable, las finalidades del tratamiento, los derechos del interesado y las consecuencias del tratamiento. Y, en la segunda capa, el resto de la información¹⁵⁹.

En cuanto a la información por capas sobre *cookies*, como ya hemos adelantado, la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2013 ya indicaba el contenido de la información que debía facilitarse en cada uno de los niveles. Recordemos que en la primera capa se tenía que incluir junto a la solicitud del consentimiento la información sobre las *cookies* no exceptuadas, las finalidades, la advertencia sobre la determinada acción que podría considerarse consentimiento y el enlace a la segunda capa con el resto de información más detallada¹⁶⁰.

Por consiguiente, la entrada en vigor del RGPD junto con las mencionadas Directrices sobre transparencia del GT 29 provocaron que este aspecto fuera modificado para adaptarlo a los nuevos requisitos de transparencia de la información. Así, en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2019, la AEPD, atendiendo a las Directrices de transparencia del GT 29 mencionadas, introdujo cambios en el contenido de la información que se debía incluir en la primera capa, añadiendo junto a la información sobre la identificación del responsable, de las finalidades de las *cookies* y de la advertencia de la concreta acción por la que se presumirá que el usuario acepta el uso de *cookies* que ya se recogía en la anterior Guía, la información sobre si las *cookies* utilizadas son propias o también de terceros (sin requerir la identificación del tercero en la primera capa), la información en general sobre la categoría de datos que se van a utilizar en caso de que la finalidad sea la elaboración de perfiles, el modo de configuración del consentimiento y, por último, el enlace claramente visible a la segunda capa con el resto

¹⁵⁸ Considerando 39 RGPD: «(...) Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento (...).»

¹⁵⁹ Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 del GT 29, 2018, pp. 21-23.

¹⁶⁰ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2013, pp. 17-18.

de la información exigida por el artículo 13 RGPD que ya hemos estudiado en el apartado de contenido¹⁶¹.

b) Modos de solicitar el consentimiento en la primera capa: la prohibición de seguir navegando como forma válida de obtener el consentimiento.

Como novedad con respecto a la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2013, la AEPD introdujo varios ejemplos sobre el modo de mostrar la información en la primera capa y la forma de recoger el consentimiento en su Guía de 2019. A través de estos ejemplos se intuyen las modificaciones más relevantes provocadas por las nuevas exigencias del RGPD en torno al requisito del consentimiento y la transparencia de la información.

Así, en la Guía de 2013, la AEPD únicamente se limita a contemplar la validez del consentimiento inferido de la acción de seguir navegando cuando el usuario no haga *clic* en el botón de aceptar, pero se desplace por la página (cuando no se requiera para la visualización de la información) o seleccione cualquier otro apartado dentro de la misma, es decir, cuando realice una clara acción afirmativa, siempre que se hubiera cumplido con el requisito de información previamente.

En la modificación de 2019 se mantiene la fórmula de seguir navegando como válida únicamente cuando no se hubiera solicitado el consentimiento explícito, mediante casillas o botones de aceptación, siempre que se haya advertido previamente al usuario de que la referida acción va a entenderse como una aceptación al uso de *cookies* de forma clara y visible en la página. Además, añade dos ejemplos más de obtener el consentimiento en la primera capa: mediante un botón de aceptar todas y otro de rechazar todas (cuyo uso aconseja cuando se utilicen diversos tipos de *cookies*) o mediante un único botón de aceptar. En estos casos, si el usuario no acepta de forma explícita y continúa navegando, como ya se ha señalado, no podrá inferirse de esa acción el consentimiento del usuario. Por consiguiente, la AEPD en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2019 refuerza el requisito de consentimiento concretando de forma más explícita las formas y condiciones para obtenerlo, sin embargo, continúa considerando la

¹⁶¹ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, pp. 19-20.

acción de seguir navegando como una forma explícita de otorgar el consentimiento, aunque sometida a ciertas condiciones¹⁶².

En este punto es preciso, por relevante, traer a colación la STJUE de 1 de octubre de 2019 recaída en el Caso *Planet49*. Como ya hemos estudiado, la mencionada sentencia supuso una contradicción con la interpretación que la AEPD había mantenido hasta ese momento en lo referido a la acción de seguir navegando como forma válida de otorgar el consentimiento al uso de *cookies* atendiendo al requisito de consentimiento específico y a la exigencia de una clara acción afirmativa.

La posición del TJUE fue confirmada por el CEPD en sus Directrices 5/2020 del consentimiento al indicar en su ejemplo número 16, atendiendo a lo referido por el Considerando 32 RGPD, que no se entenderá como clara acción afirmativa el desplazamiento a través de una página web por cuanto no puede determinarse un consentimiento inequívoco. Asimismo, el CEPD añade que, de aceptar esta fórmula de consentimiento, sería difícil cumplir con el principio del artículo 7.3 RGPD por el que la revocación debe ser igual de fácil que la aceptación, puesto que, de ser así, la acción de desplazarse por la página web en sentido contrario o la de volver a la página inicial debería suponer su revocación¹⁶³. En relación con esto último, es relevante mencionar que la AEPD, en su Guía de 2019, contemplaba la obligación de incorporar un botón para rechazar todas las *cookies* cuando se utilizara la fórmula de seguir navegando, con la finalidad de cumplir con el principio mencionado¹⁶⁴. Es decir, en contraposición con la opinión del CEPD, la AEPD consideraba igual de fácil la aceptación inferida de la navegación del usuario que la revocación mediante la acción de pulsar un botón.

La interpretación del CEPD sobre la acción de seguir navegando, como ya hemos mencionado, ha sido reflejada en la actual *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 por la que la AEPD prohíbe expresamente que la mera navegación por la página web pueda ser considerada una clara acción afirmativa en ningún caso. A su vez, aclara este aspecto definiéndola como aquella acción que no ofrezca dudas con respecto a la prestación de un consentimiento informado e inequívoco y, además, pueda ser probada¹⁶⁵.

¹⁶² AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, pp. 21-22. Y también, RODRÍGUEZ DUARTE, L., «Cookies: consentimiento, su revocación (...) *op. cit.*, p. 3.

¹⁶³ *Ídem*. Y también, Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679 del CEPD, 4 de mayo de 2020, Cdo. núm. 86.

¹⁶⁴ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2019, p. 21.

¹⁶⁵ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 20-21.

En consecuencia, la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 reitera los dos ejemplos de obtener el consentimiento en la primera capa que fueron incorporados por la Guía de 2019 y sustituye la fórmula de seguir navegando por la inclusión de un botón de aceptar y otro de configurar. No obstante, como novedad, cuando no se incluya un botón de rechazar las *cookies* en la primera capa, se debe facilitar al usuario un botón en el panel de configuración por el que se pueda rechazar todas las *cookies* o guardar la selección (siempre que por defecto únicamente estén seleccionadas las *cookies* necesarias), para permitir aceptar el consentimiento sea tan fácil como retirarlo, de acuerdo con el artículo 7.3 RGPD. En este sentido el CEPD entiende que para que el rechazo no implique mayor dificultad que pulsar el botón de aceptar no puede estar a más de dos clics. Otra modificación, desde el punto de vista terminológico, es que la AEPD permite utilizar conceptos similares a «aceptar», «rechazar», o «configurar», siempre que el usuario esté suficientemente informado de las consecuencias de seleccionar cada uno de los botones¹⁶⁶.

En relación con el derecho a retirar el consentimiento de forma tan fácil como se otorgue, es importante señalar que esta previsión también ha sido incluida en la obtención del consentimiento mediante la configuración del navegador. Así, en la actual *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 se añade que para que esta opción sea válida se debe permitir al usuario rechazar el consentimiento en la página web o facilitar información sobre las herramientas proporcionadas con esta finalidad por los terceros que utilizan las *cookies*¹⁶⁷.

Como vemos, las novedades introducidas por el CEPD en materia de *cookies* refuerzan la protección de datos del usuario exigiendo la prestación del consentimiento informado mediante un acto claramente afirmativo no condicionado al acceso a la página web, salvo que se proporcione un servicio equivalente como ya hemos mencionado. Esto afecta en mayor medida a la industria de la publicidad digital y a las páginas web gratuitas cuyo único ingreso proviene de la publicidad. Se deberán buscar soluciones tendentes a lograr una publicidad que no dependa de las *cookies*, intentando buscar un equilibrio entre la publicidad y la privacidad de los usuarios¹⁶⁸. Habrá que esperar a la aprobación del Reglamento e-privacy para encontrar respuestas a estas cuestiones.

¹⁶⁶ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, pp. 20-21.

¹⁶⁷ AEPD, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, p. 26.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, C., «La gestión de cookies, un condicionante para la publicidad digital que podría no durar mucho tiempo», *Diariolaley*, núm. 42, 2020, p.4.

5. CONCLUSIONES

Primera. Las *cookies* han incrementado su capacidad para almacenar y recoger información con el avance de la tecnología de la última década al mismo tiempo que el uso de Internet se ha convertido en una herramienta habitual en la sociedad. El uso masivo de estos dispositivos por las principales páginas web y buscadores con fines publicitarios o de análisis han implicado graves riesgos para la privacidad del usuario, cuyo derecho a la protección de datos se ha visto necesariamente reforzado con la normativa de protección de datos y las Directrices y Guías de las autoridades de protección de datos. Esto se debe a que la información que recogen las *cookies* con estas finalidades se basa en la elaboración de perfiles por los que se puede identificar al usuario vulnerando su privacidad y, en consecuencia, en estos casos se exige un adecuado cumplimiento de las obligaciones de consentimiento e información.

Segunda. Las *cookies* estarán exentas de las obligaciones de consentimiento e información, siempre que no tengan finalidades adicionales no exentas y su duración esté directamente relacionada con su propósito, cuando sean absolutamente necesarias únicamente para permitir la comunicación entre el usuario y el servicio en línea o para la prestación de un servicio que haya sido solicitado a través de una clara acción afirmativa por el usuario. Es decir, estarán exentas siempre que no impliquen un riesgo para la privacidad del usuario. En términos generales, esto implica que las *cookies* técnicas estarán exentas de la exigencia del consentimiento informado del usuario, mientras que, el uso de las *cookies* analíticas o publicitarias exigirá el consentimiento informado previo del usuario por tener mayores implicaciones para la privacidad de los mismos. No obstante, de acuerdo con la opinión del GT 29, se debería incluir una tercera excepción, por la que las *cookies* que tengan fines estadísticos propios a partir de información anonimizada estén exentas de cumplir con estas obligaciones, teniendo en cuenta que no implican ningún riesgo para la privacidad del usuario. De esta forma se permitiría a las empresas obtener información anónima relevante para sus métodos de negocio sin vulnerar el derecho a la protección de datos de los usuarios.

Tercera. La responsabilidad sobre el cumplimiento de las obligaciones de consentimiento e información no se encuentra regulada por la LSSI, creando una mayor inseguridad jurídica. De acuerdo con la *Guía sobre el uso de cookies* de la AEPD de 2019 y la actual de 2020, la responsabilidad recae en el editor que las utiliza en su página web y, cuando se utilicen *cookies* de terceros, en aquellas entidades que se beneficien de las

mismas, en cuyo caso serán ambas partes corresponsables, garantizando así una mayor protección de la información de los usuarios. Sin embargo, esta corresponsabilidad únicamente abarcará aquellas finalidades y tratamientos que ambas partes hayan acordado. Como consecuencia de esta corresponsabilidad, la AEPD recomienda fijar las responsabilidades que tienen al respecto el editor y el tercero en las cláusulas del contrato, con la finalidad de garantizar su cumplimiento. No obstante, advierte de la ineficacia de los contratos por los que se atribuya la responsabilidad a una de las partes.

Cuarta. El consentimiento informado es la manifestación de voluntad del derecho a la protección de datos del usuario. Inicialmente sólo se exigía para el uso de *cookies* que se facilitara información completa y clara al usuario y se le permitiera de denegarlo posteriormente, pero, con la modificación por la Directiva de 2009, se exige el consentimiento informado previo a la incorporación de *cookies* del usuario. Estas obligaciones de consentimiento e información para el uso de *cookies* se vieron reforzadas especialmente con la aprobación de RGPD, por el que se exige que el consentimiento sea otorgado mediante una clara acción afirmativa, es decir el consentimiento ya no puede deducirse de la inacción o las casillas ya marcadas, exigiéndose un consentimiento expreso e informado de acuerdo con el principio de transparencia.

Quinta. Con la aprobación del RGPD la obligación de información ha ido adoptando nuevas características, requiriéndose para su efectivo cumplimiento los requisitos de transparencia y granularidad de la información. Esto ha supuesto la eliminación de mensajes que inducían a confusión, garantizando un adecuado consentimiento informado del usuario. Sin embargo, la disociación de la información ha implicado también un exceso de información. Con el propósito de evitar esta sobrecarga de información, el GT 29 recomendó el modo de información por capas para obtener el consentimiento, por el que se divide el contenido en dos ventanas, mostrando en la primera de ellas los datos más relevantes de forma simple y concreta.

Sexta. En relación con los titulares del consentimiento, cuando el usuario es menor de 14 años, en la práctica, resulta realmente difícil comprobar la edad real cuando es posible acceder a la página únicamente con sólo pulsar un botón por el que confirma que es mayor de 14 años o verificar que el consentimiento obtenido por los padres o tutores es auténtico. La privacidad de los menores, como colectivo vulnerable por su inmadurez, lo que se traduce en la incapacidad para discernir y ser conscientes de los riesgos que implica el tratamiento de su información, debe protegerse de forma adecuada,

por lo que resulta necesario contemplar otras formas más eficaces para verificar el consentimiento, como el DNI electrónico o la huella digital. No obstante, la educación digital tanto de los padres como de los menores por la que adquieran las nociones básicas para poder hacer un uso lícito y responsable de los dispositivos electrónicos contribuiría eficazmente a evitar estos problemas prácticos.

Séptima. El CEPD entiende que el uso de muros de *cookies* o «*cookies walls*» condicionando el acceso a la página web al previo consentimiento del uso de *cookies* del usuario supone que el consentimiento no sea otorgado de forma libre, puesto que no se le proporciona una opción real. Esta prohibición ha sido incorporada a la nueva *Guía sobre el uso de las cookies* de 2020 reforzando la privacidad del usuario. No obstante, la APED es menos exigente y, atendiendo a la razón por la que el CEPD basa su invalidez, permite el uso de los muros de *cookies* siempre que se facilite al usuario otra opción equivalente que sea prestada por el mismo editor y se le informe de forma adecuada. Esto supone una gran diferencia con respecto a la Guía de 2019 que, a pesar de lo dispuesto en el RGPD que provocó su actualización con respecto al requisito del consentimiento libre, aceptaba de forma expresa que el acceso a la página web se condicionase al previo consentimiento de *cookies* del usuario, con la única excepción de que no impidiera el ejercicio de un derecho reconocido legalmente al mismo y que únicamente pueda ejercer accediendo a la página.

Octava. La acción de seguir navegando se aceptaba como fórmula totalmente válida para obtener el consentimiento hasta que con la entrada en vigor del RGPD se comienza a exigir una clara acción afirmativa para manifestar la aceptación. La AEPD continuaba incluyéndola en la *Guía sobre el uso de las cookies* de 2019 como uno de los modos de obtener el consentimiento del usuario, aunque condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos para que pudiera considerarse una clara acción afirmativa. El CEPD interpreta de forma restrictiva el término «*clara acción afirmativa*», rechazando expresamente la acción de seguir navegando como fórmula válida de prestar el consentimiento en ningún caso, por cuanto de la misma no puede deducirse un consentimiento inequívoco y específico del usuario.

Novena. El continuo incumplimiento de la normativa de *cookies* por parte de las empresas a pesar de disponer de los medios necesarios para adecuar su política de *cookies* a la misma nos hace reflexionar sobre la eficacia del régimen sancionador. Esto nos lleva a pensar que el tratamiento de los datos de los usuarios recogidos a través de estos

dispositivos proporciona a las empresas mayor beneficio que la pérdida que podría suponerles la posible sanción por su incumplimiento. Por tanto, resulta necesario revisar el régimen sancionador para evitar que a las empresas les salga más rentable seguir incumpliendo la normativa de *cookies*.

Décima. La futura aprobación del Reglamento e-privacy posibilitará una regulación homogénea a nivel europeo en materia de *cookies* dada la naturaleza jurídica del Reglamento, de aplicación directa por los Estados Miembros, a diferencia de la actual Directiva e-privacy, cuya trasposición al ordenamiento jurídico por los Estados Miembros ha implicado distintas interpretaciones de la misma. Aún tenemos que esperar para saber si este Reglamento contribuirá la consecución de un equilibrio entre la protección de datos de los usuarios y la publicidad digital, lo que está claro es que el modelo de publicidad debe cambiar para depender una información más anonimizada, centrándose en el contenido y no en la elaboración de perfiles del usuario.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ADSUAR PRIETO, Y., «Primera sanción de la AEPD en materia de cookies», *Legaltoday*, julio 2014; (disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/nuevas-tecnologias-civil/primera-sancion-de-la-aepd-en-materia-de-cookies-2014-07-22/>; última consulta: 21/12/2020).
- ADSUARA VARELA, B., «El consentimiento», *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, J. R. (dir.), RECIO GAYO, M.; ÁLVAREZ CARO, M. (coord.), edit. Reus, Zaragoza, pp. 151-169.
- ALIÑO SEHWERET, J. J., «La protección del consumidor digital: los datos personales en el comercio electrónico», *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, núm. 3, noviembre 2018, pp. 97-115.
- APARICIO SALOM, J. Y SANFULGENCIO TOMÉ, S., «El régimen jurídico de las cookies y su aplicación por la Agencia Española de protección de datos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, marzo 2014, pp. 217-235.
- CASTELLS, M., *La galaxia internet*, Ed. Areté, Madrid, noviembre 2001.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M., «Novedades legislativas sobre protección de datos. La Directiva 2002/58/CE», *Revista de contratación electrónica*, núm. 32, noviembre 2002, pp. 39-67.
- FERNÁNDEZ, C., «La gestión de cookies, un condicionante para la publicidad digital que podría no durar mucho tiempo», *Diariolaley*, núm. 42, 2020, p.4.
- FLAQUER RIUTORT, J., «Nuevas tendencias y propuestas en el tratamiento legal del uso de cookies: especial referencia a la propuesta de reglamento comunitario sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (e-privacy).», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 47, 2018.
- GARCÍA GIL, F. J. Y LÓPEZ GARCÍA, G., «Control y privacidad en el ciberespacio: uso de cookies por los principales medios digitales españoles» (tesis doctoral), Universidad de Valencia, Valencia, 2013.
- GASCÓN MARCÉN, A., *El Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la asignatura pendiente del Mercado Único Digital*, CEU Ediciones, Madrid, abril 2020.

- GONZÁLEZ ESPADAS, J., «La ley de cookies: nuevas sanciones.», *Comentarios vLex*, noviembre 2013; (disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/La+ley+de+cookies%3A+nuevas+sanciones/WW/vid/476084898>; última consulta: 21/12/2020).
- GUYON, J., «The cookie that ate the world», *Techonomy*, 2018; (disponible en <https://techonomy.com/2018/12/cookie-ate-world/>; ultima consulta: 18/10/2020).
- LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., «El uso de las 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*, núm. 35, mayo 2013, pp. 93-97.
- MATO PACÍN, M. N., «Privacidad y consentimiento en el entorno digital: aproximación desde la perspectiva de la Unión Europea», *Revista electrónica Direito e sociedades*, núm. 3, julio 2020, p. 156-176.
- OFICINA DE SEGURIDAD DEL INTERNAUTA (OSI), «Entre cookies y privacidad», julio 2018; (disponible en: <https://www.osi.es/es/actualidad/blog/2018/07/18/entre-cookies-y-privacidad>; última consulta: 21/12/2020).
- ORTUÑO MELERO, R., «RGPD en perspectiva: nivel de cumplimiento e impacto en la organización», *Diariolaley*, 2020.
- PIÑAR REAL, A., «Tratamiento de datos de los menores de edad», Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad, PIÑAR MAÑAS, J. R. (dir), RECIO GAYO, M.; ÁLVAREZ CARO, M., (coord.), edit.: Reus, Zaragoza, 2016, pp. 187.203.
- PREGO DE OLVIER FERNÁNDEZ J.A. y DE ASÍS ROIG, A.E., «La transparencia como elemento de apoyo al consentimiento en materia de protección de datos» (tesis doctoral), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017.
- REYES MÉNDEZ, D., «El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: la necesidad de una respuesta tecnológica», *Diariolaley*, núm. 9335, 2019.
- REYES RICO, L. I., «La compraventa programática de publicidad comportamental online y sus implicaciones en materia de protección de datos», *Revista Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, núm. 52, enero 2019, pp. 109-115.

RODRÍGUEZ AYUSO, J.F., *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 128-129.

RODRÍGUEZ DUARTE, L., «*Cookies: consentimiento, su revocación y Reglamento e-Privacy*», *Diariolaley*, 2020.

SANCHO LÓPEZ, M., «Internet, Big Data y nuevas tecnologías: repercusiones y respuestas del ordenamiento jurídico», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2019, pp. 307-321.

TRONCOSO REIGADA, A., «Autoridades de control independientes», *Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, PIÑAR MAÑAS, J.L. (DIR.), ÁLVAREZ CARO, A. Y RECIO GAYO, M. (coord.), Ed. Reus, Madrid, 2016.

7. JURISPRUDENCIA

STJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010, as. C-518/07, Comisión Europea contra República Federal de Alemania.

STJUE (Sala Tercera), de 2 de diciembre de 2010, asunto C-108/09, Ker-Optika bt contra ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet.

STJUE (Sala segunda), 29 de julio de 2019, asunto C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV.

STJUE (Gran Sala), de 1 de octubre de 2019, as. C-673/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände y Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Planet49 GmbH