



C/Valentín Sanz, 13. 38002. S/C de Tenerife
Tfnos.: 922.29.30.29 (4 líneas). Fax: 922.53.13.50.

Breves notas sobre el régimen legal de las “cookies” en la nueva Ley de Telecomunicaciones

El domingo 11 de Mayo ha entrado en vigor la nueva Ley de Telecomunicaciones (BOE de 10 de Mayo de 2014)¹, y con ella, una nueva configuración legal del régimen de las cookies. Entre las diversas leyes que la recentísima Ley modifica en sus disposiciones finales, en la segunda, se modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El artículo 22.2 de esta Ley condiciona el que los prestadores de servicios de puedan utilizar “cookies” (lo que la ley denomina dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios), a condición de que: 1. Que se haya facilitado información clara y completa sobre su utilización. 2. Que el destinatario hayan dado su consentimiento. ¿De qué manera se entiende que el destinatario ha prestado su consentimiento al tratamiento de sus datos? Hay distintas maneras de prestar este consentimiento, todas ellas convenientemente explicadas en la “Guía sobre el Uso de las cookies” de la AGPD²: A través de la aceptación de los “Términos y condiciones de uso de la página web” o de su “Política de privacidad” al solicitar el alta en un servicio; durante el proceso de configuración del funcionamiento de la página web o aplicación; en el momento en que se solicite una nueva función ofrecida en la página; antes del momento en que se vaya a descargar un servicio o aplicación ofrecido en la página web; a través del formato de información por capas web o aplicación; y por último a través de la configuración del navegador.

La ley admite que el consentimiento pueda entenderse prestado mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones siempre y cuando sea técnicamente posible y eficaz. Con la anterior redacción del artículo 22.2 se exigía además una acción expresa por parte del usuario. Ahora se elimina tal requerimiento de una acción expresa por parte del usuario. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.

¹ <http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/10/pdfs/BOE-A-2014-4950.pdf>

² http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf

Esta modificación del texto legal eliminando la exigencia de una acción expresa por parte del usuario - según hemos comentado-, se justificó en su día por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en la memoria de impacto normativo³ en tres motivos: a) que tal requisito no estaba incluido en la Directiva, b) que podría condicionar el desarrollo tecnológico y c) que no podría cumplirse en los navegadores preinstalados de los "smartphones". Sin perjuicio de que éste último motivo no acabo de verlo del todo, el mismo es extensible también todos los supuestos similares en los que la exigencia de la acción expresa del usuario podría considerarse redundante a la aceptación que implica la propia configuración que del aparato o el uso mismo de la aplicación lleva implícito. El más evidente, el de la TV conectada, tanto en el caso de las Smart tv, como de la HddTV.

Llegados a este punto surge la cuestión más importante: ¿Cuándo se considera que el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones es técnicamente posible y eficaz? Para contestar a esta pregunta, resultan clarificadores los documentos del Grupo de Trabajo de la Comisión Europea. Este Grupo de Trabajo, es un órgano consultivo creado por la Directiva 95/46/CE de protección de datos. Según sus conclusiones⁴, puede entenderse prestado el consentimiento a través de la configuración de los buscadores u otras aplicaciones cuando por defecto por defecto, rechacen cookies de terceros y que requieran que el usuario realice una acción expresa para aceptar la configuración de una transmisión continuada de la información contenida en los cookies por sitios web específicos. Por el contrario, si las configuraciones del buscador estuvieran predeterminadas para aceptar todos los cookies, dicho consentimiento no puede constituir una indicación cierta de los deseos del usuario. Dicho consentimiento no sería ni específico ni previo (al tratamiento). Un consentimiento en bloque de todo tratamiento ulterior de los datos sin conocimiento de las circunstancias que rodean el tratamiento no puede considerarse consentimiento válido. En el caso de los buscadores, juntos o en combinación con otras herramientas de información, incluida la cooperación de proveedores de redes de publicidad y editores, según el Grupo de Trabajo del artículo 29, para cumplir lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, los buscadores deben transmitir, en nombre del proveedor de la red de publicidad, la información pertinente sobre el objeto de los cookies y el tratamiento de datos ulterior. Las advertencias genéricas se consideran insuficientes. En definitiva, en opinión de este Grupo de Trabajo: "Dada la importancia que cobra la configuración del buscador para que los usuarios den realmente su consentimiento al almacenamiento de cookies y al tratamiento de la información que estas vehiculan, parece de capital importancia que los buscadores dispongan de la configuración de «no aceptación y no transmisión de cookies de terceros». Para complementar esto y hacerlo más eficaz, los buscadores deben pedir a los usuarios que entren en un asistente de privacidad la primera vez que instalen o actualicen el buscador y proporcionarles un método fácil de ejercer su opción durante la utilización del producto".

Por último con la modificación legal que comentamos, se tipifican las infracciones correspondientes al incumplimiento de la regla del consentimiento previo para la utilización de "cookies". Para ello, se sustituyen las anteriores infracciones graves y leves recogidas en los artículos 38.4 g) 38.3 i) de la Ley, por sendas infracciones consistentes, respectivamente en utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del

³ http://www.adigital.org/emailing/2013/doc/proyecto_ley_gral_telecos.pdf

⁴ Dictámen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea:

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_es.pdf y Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf

destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2, falta leve, y la reincidencia en dicha falta cuando así se hubiera declarado por resolución firme dictada en los tres años inmediatamente anteriores a la apertura del procedimiento sancionador, falta grave.

En Santa Cruz de Tenerife a 12 de Mayo de 2014

Juan Carlos García Melián

Abogado