



00909/10/ES
GT 171

Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea

Adoptado el 22 de junio de 2010

Este grupo de trabajo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad. Sus tareas se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/EC y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/EC.

La secretaría la facilita la Dirección D (Derechos Fundamentales y Ciudadanía) de la Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, B-1049 Bruselas, Bélgica, despacho LX-46 01/190.

Sitio de Internet: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

Índice

Resumen3

1.	Introducción	4
2	Publicidad comportamental en línea	5
2.1.	Sistemas de distribución publicitaria que producen publicidad comportamental.....	5
2.2.	Tecnologías de rastreo	6
2.3.	Creación de perfiles, tipos de identificadores	7
3.	Marco jurídico.....	8
3.1.	Introducción	8
3.2.	Ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 3, y de la Directiva 95/46/CE	9
3.2.1.	<i>Ámbito de aplicación material del artículo 5, apartado 3</i>	9
3.2.2.	<i>Ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46/CE: Tratamiento de datos personales</i> ..	10
3.2.3.	<i>Interrelación entre ambas Directivas</i>	10
3.2.4.	<i>Ámbito territorial de aplicación del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE</i>	11
3.3.	Función y responsabilidad de los distintos actores	11
4.	Obligación de obtener el consentimiento fundamentado previo.....	14
4.1.	La obligación de obtener el consentimiento previo de los usuarios antes de practicar publicidad comportamental.....	14
4.1.1.	<i>Consentimiento mediante configuración del buscador</i>	15
4.1.2.	<i>Consentimiento y ejercicio del derecho de exclusión voluntaria</i>	17
4.1.3.	<i>Los mecanismos de aceptación previa son más adecuados para explicitar el consentimiento fundamentado</i>	18
4.1.4.	<i>Consentimiento fundamentado: niños</i>	19
4.2.	Obligaciones de información en el contexto de la publicidad comportamental	19
4.2.1.	<i>¿Qué información debe darse y quién debe darla?</i>	20
5	Otras obligaciones y principios derivados de la Directiva 95/46/CE	22
5.1.	Obligaciones relativas a categorías particulares de datos	22
5.2.	Cumplimiento de los principios de calidad de datos	22
5.3.	Derechos de los interesados	23
5.4.	Otras obligaciones.....	24
6.	Conclusiones y recomendaciones	24
6.1.	Legislación aplicable	25
6.2.	Jurisdicción, territorialidad, establecimiento	25
6.3.	Funciones y responsabilidades.....	25
6.4.	Obligaciones y derechos	26

Resumen

La publicidad comportamental implica la identificación de los usuarios que navegan por internet y la creación gradual de perfiles que después sirven para enviarles publicidad que corresponde a sus intereses. El Grupo de Trabajo del artículo 29 no cuestiona los beneficios económicos que la publicidad comportamental pueda aportar a los que la practican pero cree firmemente que esta práctica no debe realizarse a expensas de los derechos a la intimidad y a la protección de datos de las personas. El marco normativo de protección de datos de la UE, que establece salvaguardias específicas, debe respetarse. Para facilitar y fomentar la observancia del mismo, el presente Dictamen aclara el marco jurídico aplicable a quienes utilizan publicidad comportamental.

En concreto, el Dictamen observa que los proveedores de redes de publicidad están sujetos al artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, con arreglo al cual la instalación de «chivatos» (*cookies*) o productos similares en los terminales de los usuarios u obtener información mediante dichos artilugios solo se permite con el consentimiento informado de los usuarios. El Dictamen observa que los parámetros de los buscadores al uso y los mecanismos de opcionalidad solo dan lugar a consentimiento en circunstancias muy definidas. El Dictamen pide a los proveedores de redes de publicidad que creen mecanismos previos de aceptación que requieran una acción explícita de las personas receptoras de los datos que manifieste su disposición a recibir cookies o productos similares y a que se controle posteriormente su comportamiento de navegación con el objeto de utilizarlo para modular la publicidad. El Dictamen considera que la simple aceptación de los usuarios de recibir cookies puede también suponer su aceptación de lecturas posteriores del cookie y consiguientemente del seguimiento de sus búsquedas en internet. Así pues, para cumplir las exigencias del artículo 5, apartado 3, no sería necesario recabar el consentimiento del usuario para cada lectura del cookie. Sin embargo, para que los usuarios sean conscientes del control de su comportamiento, los proveedores de redes de publicidad deben: i) limitar en el tiempo el alcance del consentimiento; ii) dar la posibilidad de retirarlo fácilmente y iii) crear herramientas visibles que se visualicen cuando se produzca el seguimiento comportamental. Este enfoque abordaría el problema que supone agobiar a los usuarios con múltiples avisos garantizando al tiempo que el envío de cookies y el posterior seguimiento del comportamiento de navegación por internet con objeto de modular la publicidad solo se dé previo consentimiento informado del receptor de los datos.

Comoquiera que la publicidad comportamental se basa en el uso de identificadores que permiten crear perfiles de usuario muy precisos que, en la mayoría de los casos, se considerarán datos personales, es también de aplicación la Directiva 95/46/CE. El Dictamen trata del modo en que los proveedores de redes de publicidad deben cumplir las obligaciones derivadas de dicha Directiva, especialmente con relación a los derechos de acceso, rectificación, eliminación y conservación de datos, etc. Teniendo en cuenta que los editores pueden compartir cierta responsabilidad en el tratamiento de datos que se produce en el contexto de la publicidad comportamental, el Dictamen exhorta a los divulgadores a que compartan con los proveedores de redes de publicidad la responsabilidad de proporcionar información a los usuarios e incita a la creatividad y la innovación en este campo. Vista la índole de la práctica de la publicidad comportamental, los requisitos de transparencia son una condición fundamental para que los usuarios consientan la recogida y el tratamiento de sus datos personales y ejerzan sus opciones realmente. El Dictamen establece obligaciones de información de los proveedores/editores de redes de publicidad respecto de las personas afectadas, remitiendo especialmente a la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, que exige que a los usuarios se les proporcione «información clara y completa».

El Dictamen analiza y aclara las obligaciones establecidas por el marco jurídico aplicable. Pero no prescribe el modo como deban cumplirse tales obligaciones desde el punto de vista técnico. En vez de ello, en diversas materias, el Dictamen anima a la industria a entablar un diálogo con el Grupo de Trabajo del artículo 29 con vistas a promover medios técnicos o de otra índole para cumplir con el marco descrito en el Dictamen a la mayor brevedad. Con dicho fin, el Grupo de Trabajo del artículo 29 establecerá contacto con las partes interesadas pidiéndoles su aportación. Las instancias que no se consulten explícitamente pueden también enviar sus contribuciones a la secretaría del Grupo de Trabajo del artículo 29.

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

Creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995¹,

Vistos el artículo 29 y el artículo 30, apartados 1, letra a), y 3, de dicha Directiva, y el artículo 15, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002,

Vistos el artículo 255 del Tratado CE y el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión relacionados con su reglamento interno.

HA ADOPTADO EL PRESENTE DOCUMENTO:

1. Introducción

La publicidad en línea es una fuente esencial de ingresos para un amplio abanico de servicios en línea y es un factor importante en el crecimiento y la expansión de la economía de internet. Sin embargo, la práctica concreta de publicidad comportamental suscita inquietudes graves sobre protección de datos y privacidad. La tecnología básica de internet permite a los proveedores de publicidad en red rastrear contenidos de datos en distintos sitios de internet y de manera continuada. La información reunida sobre comportamiento de navegación en internet de los usuarios se analiza para crear amplios perfiles sobre los intereses de los usuarios. Tales perfiles pueden utilizarse para proporcionar contenidos con publicidad a medida.

Dado el uso creciente de la publicidad comportamental basada en la utilización de cookies de rastreo y productos similares y su alto nivel de intrusión en la intimidad personal, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha decidido centrar el presente Dictamen en la publicidad comportamental en línea en distintos sitios de internet, sin perjuicio de dictámenes futuros que puedan analizar otras tecnologías publicitarias.

Con el presente Dictamen, el Grupo de Trabajo del artículo 29 desea aclarar el marco jurídico aplicable a las personas que utilizan la publicidad comportamental. Invita también a la industria a sugerir medios técnicos o de otro tipo para cumplir con dicho marco a la mayor brevedad y a entablar un diálogo con el Grupo de Trabajo del artículo 29 en relación a tales medios. Por último, el Grupo de Trabajo del artículo 29 evaluará la situación y adoptará todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar el respeto del marco aquí establecido.

¹ Diario Oficial n° L 281 de 23.11.1995, p. 31.

2 Publicidad comportamental en línea

La publicidad en medios interactivos cubre una amplia gama de métodos tendentes a crear anuncios de mayor impacto. Los métodos pueden clasificarse en varias categorías, que incluyen la publicidad contextual, la publicidad segmentada y la publicidad comportamental.

La publicidad comportamental es publicidad basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos. La publicidad comportamental busca estudiar las características de dicho comportamiento a través de sus acciones (visitas repetidas a un sitio concreto, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc.) para desarrollar un perfil específico y proporcionar así a los usuarios anuncios a medida de los intereses inferidos de su comportamiento.

Mientras que la publicidad contextual² y la publicidad segmentada³ utilizan «instantáneas» de lo que ven o hacen los usuarios en un sitio concreto o las características conocidas de los usuarios, la publicidad comportamental puede dar a los anunciantes un cuadro detallado de la vida en línea del usuario, con muchos de los sitios y de las páginas concretas que ha visitado, cuánto tiempo ha durado la visita, durante cuánto tiempo ha visitado determinados artículos o elementos, en qué orden, etc.

2.1. Sistemas de distribución publicitaria que producen publicidad comportamental

La publicidad comportamental implica las funciones siguientes: *a) Proveedores de redes de publicidad*, los principales distribuidores de publicidad comportamental dado que conectan a los editores con los anunciantes; *b) Anunciantes*, que desean promocionar un producto o servicio ante un sector específico de público; y *c) Editores*, los propietarios del sitio de internet, que buscan obtener ingresos vendiendo espacio para mostrar anuncios⁴.

La producción de anuncios en redes publicitarias funciona básicamente así: el editor reserva espacio físico en su sitio de internet para mostrar un anuncio y deja el resto del proceso publicitario a uno o más proveedores de publicidad en red. Los proveedores de red son responsables de distribuir los anuncios a los editores con el mayor impacto posible. Los proveedores de publicidad en red controlan la tecnología de especialización de audiencias y las bases de datos asociadas. Cuanto mayor sea la red publicitaria, mayores recursos tiene para controlar a los usuarios y «rastrear» su comportamiento⁵. Normalmente, el anunciante negocia con una o más redes de publicidad sin que necesariamente conozca la identidad de

² Publicidad contextual es la que se selecciona en base al contenido que está viendo el sujeto en un momento determinado. En el caso de un buscador, el contenido puede derivarse de las palabras clave de la búsqueda, de la búsqueda anterior o de la dirección IP del usuario si esta indica su probable situación geográfica.

³ Publicidad seleccionada en base a las características conocidas del sujeto (edad, sexo, ubicación, etc) proporcionadas por el usuario al inscribirse o registrarse.

⁴ Además de en redes publicitarias, la publicidad comportamental puede también suministrarse en anuncios del mismo sitio. Con este método, el anunciante indica al editor la audiencia buscada en base a criterios que pueden ir más allá de información demográfica como el trío tradicional de «franja de edad, género y país» hasta criterios mucho más precisos (como palabras clave o intereses). El editor se encarga entonces de visualizar el anuncio ante la audiencia elegida, aplicando la tecnología de orientación del mensaje y controlando la colocación y distribución del anuncio. Esto se usa en algunas plataformas de redes sociales que permiten que permiten tocar a usuarios determinados en función de sus intereses.

⁵ New York Times, «*To Aim Ads, Web is Keeping Closer Eye on You*», 10 de marzo de 2008. El artículo ofrece datos estadísticos sobre la frecuencia con la que las grandes redes de publicidad rastrean las visitas de los sitios web de las personas. En el caso de la red de publicidad Yahoo!, un usuario medio (en EE.UU.) era controlado 2 520 veces al mes a finales de 2007.
http://www.nytimes.com/2008/03/10/technology/10privacy.html?_r=1&scp=3&sq=%22They%20know%20more%20than%20you%20think%22&st=cse

todos los editores (si los hay) que distribuyen sus anuncios. Al mismo tiempo, un editor puede tener varios contratos con distintas redes publicitarias y, por ejemplo, reservar diferentes espacios en su sitio de internet a distintas redes.

Una práctica creciente es que las redes publicitarias colaboren entre ellas mediante un sistema de puja⁶.

2.2. Tecnologías de rastreo

La mayoría de las tecnologías de rastreo y publicidad utilizadas para producir publicidad comportamental recurren a algún tipo de tratamiento de datos del cliente. Utilizan información del buscador y del terminal del usuario. En especial, la principal tecnología de rastreo utilizada para controlar a los usuarios en internet se basa en «cookies de rastreo». Los cookies dan la posibilidad de rastrear las búsquedas del usuario a lo largo de un lapso extenso de tiempo y teóricamente en dominios diferentes⁷.

Normalmente funciona así: el proveedor de redes de publicidad coloca un cookie de rastreo en el terminal del usuario⁸ la primera vez que este visita un sitio de internet que exhibe un anuncio de su red. El cookie es un texto breve alfanumérico almacenado (y recuperado posteriormente) en el terminal del usuario por el proveedor de la red⁹. En la publicidad comportamental, el cookie permitirá al proveedor de la red de publicidad reconocer a un antiguo visitante que vuelve a dicho sitio o visita cualquier otro sitio asociado de la red publicitaria. La repetición de visitas permitirá al proveedor de la red publicitaria construir un perfil del visitante que se utilizará para producir publicidad personalizada. Como estos cookies de rastreo los coloca una tercera parte distinta del servidor de la web que exhibe el contenido principal del sitio (es decir, el editor), se suelen conocer como «cookies de terceros».

Los cookies están ligados a un dominio: un cookie solo puede leerlo o modificarlo un sitio de internet procedente de un dominio similar¹⁰ (p.ej., un cookie colocado por el proveedor de publicidad a.mysite.com puede leerlo b.mysite.com pero no el proveedor publicitario c.another.com. Los cookies tienen vidas útiles distintas. Su duración puede ampliarse o no en posteriores visitas al mismo sitio (es una decisión de diseño que corresponde al programador).

⁶ En su mayoría, las principales redes de publicidad tienen una colaboración estructural con otras muchas redes secundarias. Por ejemplo, lista de socios de Google AdSense, URL:<http://www.google.com/support/adsense/bin/answer.py?answer=94149>, lista de socios de Yahoo!,

URL:<http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/thirdparties/> Esto funciona con la pauta siguiente: la red de publicidad primaria ofrece espacio publicitario de servidor de web a varias redes licitantes y elige la mejor oferta.

⁷ Otras tecnologías de rastreo se basan, por ejemplo, en el uso de direcciones IP y firmas en el buscador. La Electronic Frontier Foundation investigó la posibilidad de identificar la firma individual en buscador (agente usuario), incluyendo el programa usado, la versión, la lengua y las conexiones (plug-ins) instaladas, URL: <http://panopticklick.eff.org/>. En relación con las direcciones IP, una nueva empresa de EE.UU. anunció recientemente que tenía una base de datos de 65 millones de direcciones IP conectadas con datos de nombre y dirección, URL:

http://www.mediapost.com/publications/?fa=Articles.showArticle&art_aid=123280.

⁸ Si el sujeto utiliza distintos buscadores, los cookies serán diferentes para cada buscador.

⁹ Este texto alfanumérico puede usarse para una gran variedad de fines tales como preferencias, guardar información sobre la sesión o identificar a un sujeto mediante un identificador único.

¹⁰ Sin embargo, hay soluciones sencillas para partes colaboradoras que desean obviar estas restricciones y compartir cookies. El propietario de un dominio puede configurar su DNS para que un tercero lo utilice como uno de sus subdominios. Dicho tercero podrá entonces compartir determinados cookies con el propietario del dominio. Otras técnicas implican javascript que realiza peticiones adicionales de web a otros servidores, lo que permite que otras partes se conecten o sincronicen sus datos de rastreo: (<http://blog.kruxdigital.com/2010/02/24/cookie-synching/>).

Los «cookies persistentes» tienen una fecha de expiración futura tardía o duran hasta que se borran manualmente.

La mayoría de los buscadores de internet ofrecen la posibilidad de bloquear los cookies de terceros. Algunos buscadores facilitan sesiones de búsqueda «privada» que destruyen automáticamente todos los cookies creados cuando se cierra la ventana del buscador¹¹.

Algunas redes de publicidad están sustituyendo o complementando sus cookies de rastreo tradicionales con nuevas tecnologías reforzadas de rastreo como los «flash cookies» (objetos locales compartidos)¹². Las «flash cookies» no pueden borrarse con la configuración tradicional de privacidad de un buscador. Se ha señalado que las «flash cookies» se han usado explícitamente como herramienta para restaurar «cookies tradicionales» que habían sido rechazadas o borradas por el usuario¹³.

Esta práctica se conoce como *respawning* (reproducción). Salvo que se indique otra cosa, en el presente Dictamen, el término «cookies» designará todas las tecnologías basadas en el principio de almacenamiento y recuperación de la información en el terminal del usuario.

Como se ha señalado, una única red de publicidad solo puede controlar normalmente una parte de las búsquedas del usuario porque su capacidad de rastreo se limita al conjunto de editores ligados a ella. No obstante, recientemente se ha ensayado otro enfoque por el que la red de publicidad se asocia con un ISP para controlar el contenido de las búsquedas del usuario e insertar cookies de rastreo en todo el tráfico no encriptado de webs¹⁴. El Grupo de Trabajo del artículo 29 no tiene conocimiento de que esta tecnología se esté aplicando en la UE, pero considera que plantea problemas jurídicos serios que van más allá del tratamiento de datos personales, independientemente del fin para el que se utilicen los datos. El análisis de esta tecnología publicitaria supera el ámbito del presente Dictamen.

2.3. Creación de perfiles, tipos de identificadores

Hay dos modos principales de crear perfiles de usuario: *i) Perfiles predictivos*, establecidos por inferencia de la observación continuada del comportamiento de usuarios individuales y colectivos, especialmente controlando las páginas visitadas y los anuncios visionados clicados; *ii) Perfiles explícitos*, creados a partir de los datos personales proporcionados por los usuarios al sitio de internet, por ejemplo al registrarse. Estos dos modos se pueden combinar. Por lo demás, los perfiles predictivos pueden explicitarse ulteriormente, cuando la persona interesada cree su login de conexión al sitio¹⁵.

Las redes publicitarias configuran perfiles predictivos mediante una combinación de técnicas de rastreo, tecnologías con cookies y programas de captura de datos. El sexo y la franja de edad pueden deducirse analizando las páginas que visita el usuario y los anuncios que lo

¹¹ Las últimas versiones de muchos buscadores populares (p.e., Internet Explorer 8, Google Chrome, Firefox, Safari etc.) realizan sesiones de búsqueda que borran automáticamente todos los cookies instalados durante cada sesión.

¹² El W3C está también desarrollando un «almacenamiento DOM» tipo que permitirá crear un gran almacenamiento local de datos mediante *scripts* en el ordenador del usuario.

¹³ Los flash cookies pueden almacenar información sobre las configuraciones haciendo caso omiso de las preferencias del usuario. Véase Soltani, Ashkan, Canty, Shannon, Mayo, Quentin, Thomas, Lauren y Hoofnagle, Chris Jay, «Flash Cookies and Privacy» (10 de agosto de 2009). En SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1446862>

¹⁴ Por ejemplo, la empresa Phorm, con su tecnología Webwise, ofrece un servicio de publicidad comportamental que usa la inspección por paquetes en profundidad para examinar las páginas visionadas por los usuarios de internet. Para proporcionar el servicio, Phorm realizó acuerdos de asociación con ISPs.

¹⁵ Algunas redes de publicidad permiten a los usuarios visualizar y editar sus perfiles predictivos asociados, al menos hasta cierto punto.

atraen. El perfil basado en el análisis de las cookies almacenadas en el terminal del usuario puede complementarse con datos agregados deducidos del comportamiento de usuarios que muestran patrones similares de conducta en otros contextos. Los sistemas de publicidad en línea suelen clasificar a los usuarios en segmentos, según sus campos de interés o según categorías de comercialización (por ejemplo, «jardinería», «cuidado corporal», «electrónica, etc.).

La localización física de los usuarios es otra fuente esencial para determinar el perfil del destinatario. Puede deducirse, por ejemplo, de la dirección IP de los terminales y los puntos de acceso Wifi¹⁶.

3. Marco jurídico

3.1. Introducción

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2002/58¹⁷ protege la confidencialidad de las comunicaciones en general. La protección de la confidencialidad de las comunicaciones en los casos concretos de utilización de cookies y productos similares se establece en el artículo 5, apartado 3. El presente Dictamen recoge, refiriéndose a ella, la Directiva 2002/58 modificada (en adelante, «Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas» o «Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas modificada»). Los Estados miembros no están obligados a incorporar en su legislación la Directiva modificada hasta mayo de 2011. No obstante, el Grupo de Trabajo del artículo 29 se remite a la misma porque desea que el presente Dictamen siga siendo válido después de la aplicación de la Directiva y, más especialmente, porque quiere alertar a las partes interesadas de la necesidad de observar plenamente el artículo 5, apartado 3, modificado. Igualmente pertinente en este sentido son el considerando 66, adoptado en 2009 al modificarse la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, y los considerandos 24 y 25 de dicha Directiva.

Teniendo en cuenta la importancia del artículo 5, apartado 3, es conveniente reproducir aquí el texto modificado, con los cambios realizados al texto anterior:

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

¹⁶ Información complementaria puede recogerse de otras fuentes y utilizarse para crear perfiles.

¹⁷ Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de 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.

Amén de la Directiva sobre privacidad en las *comunicaciones* electrónicas, la Directiva 95/46/CE 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 (en adelante «Directiva 95/46/CE» se aplica a asuntos no cubiertos específicamente por la Directiva sobre privacidad en el tratamiento de datos personales¹⁸.

3.2. Ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 3, y de la Directiva 95/46/CE

Para quienes se ocupan de publicidad comportamental, es útil conocer el desencadenante de la obligación de observar el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad y la Directiva 95/46/CE respectivamente. Ello exige fijarse en el ámbito de aplicación de ambas Directivas. En concreto, nos referiremos en primer lugar al ámbito material de aplicación de ambas Directivas (3.2.1 y 3.2.2) y a la interacción de ambas (3.2.3). Luego nos referiremos al ámbito territorial de aplicación de ambas Directivas (3.2.4).

3.2.1. Ámbito de aplicación material del artículo 5, apartado 3

El artículo 5, apartado 3, exige el consentimiento autorizado del abonado o usuario para almacenar información legalmente u obtener acceso a información almacenada en su equipo terminal¹⁹. Habida cuenta de que i) los cookies de rastreo son «información» almacenada en el equipo terminal del usuario y ii) los proveedores de redes de publicidad acceden a ellos cuando los usuarios visitan un sitio de internet, el artículo 5, apartado 3, es plenamente aplicable. Por ello, todo almacenamiento de cookies o productos similares (de cualquier tipo que sean)²⁰ y toda utilización posterior de cookies previamente almacenados para obtener acceso a información de los usuarios deberán atenerse al artículo 5, apartado 3.

El artículo 5, apartado 3, se aplica a la «información» (que se almacena o a la que se accede). No tipifica dicha información. La aplicación de dicha disposición no requiere que la información sean datos personales a tenor de la Directiva 95/46/CE. El considerando 24 reitera la *lógica* de este enfoque al estipular que «*los equipos terminales de los usuarios... así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios, que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*». El desencadenante de las obligaciones contenidos en el artículo 5, apartado 3, es la protección de un campo que se considera esfera privada del usuario, no el hecho de que la información sean o no datos personales.

¹⁸ Véase artículo 1, apartado 2, de de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas que reza: «*Las disposiciones de la presente Directiva especifican y completan la Directiva 95/46/CE a los efectos mencionados en el apartado 1*».

¹⁹ La Directiva sobre privacidad se refiere a abonados y usuarios. Los abonados incluyen personas o usuarios (a que se refiere la Directiva 95/46/CE) y personas jurídicas. El término «usuario» se refiere a personas que usan un servicio de comunicación electrónica sin necesidad de haberse abonado a él. Por coherencia, el presente Dictamen utiliza, en la medida de lo posible, el término de «persona interesada».

²⁰ El artículo 5, apartado 3, es tecnológicamente neutro, por lo que es aplicable no solo a los cookies sino también a cualquier otra tecnología utilizada para almacenar información o acceder a información almacenada en el equipo terminal de las personas (spyware, malware, etc).

En su Dictamen GT 29 1/2008²¹, el Grupo de Trabajo ya apuntó que el artículo 5, apartado 3, es una disposición general, aplicable no solo a los servicios de comunicación electrónica sino también a cualesquiera otros servicios cuando se utilizan las técnicas correspondientes. Además, el artículo 5, apartado 3, es aplicable independientemente de que la instancia que instala el cookie sea un responsable o un encargado del tratamiento de datos.

3.2.2. *Ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46/CE: Tratamiento de datos personales*

Si, como resultado de la colocación y recuperación de información mediante un cookie o producto similar, la información recogida pueden considerarse datos personales, además del artículo 5, apartado 3, será también de aplicación la Directiva 95/46.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 hace observar que los métodos de publicidad comportamental descritos en el presente Dictamen implican frecuentemente el tratamiento de los datos personales que se definen en el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE e interpreta el Grupo de Trabajo del artículo 29²². Ello se debe a distintas razones: *i*) la publicidad comportamental implica normalmente la recogida de direcciones IP y el tratamiento de identificadores únicos (mediante el cookie). La utilización de dichos dispositivos permite «aislar» a los usuarios, aun desconociéndose sus nombres verdaderos. *ii*) Además, la información recogida en el contexto de la publicidad comportamental *se refiere a* características o comportamiento de una persona y se utiliza para influir a dicha persona concreta²³. Esta opinión se confirma cuando se tiene en cuenta la posibilidad de que los perfiles se vinculen en todo momento con información directamente identificable proporcionada por los usuarios, como la información aportada en el registro. Otras situaciones que pueden llevar a la posibilidad de identificación son las fusiones, los extravíos de datos y la creciente disponibilidad en internet de datos personales combinados con direcciones IP.

3.2.3. *Interrelación entre ambas Directivas*

Si se aplican ambas Directivas, una cuestión pertinente es determinar las disposiciones aplicables de cada una de ellas. En este sentido, el considerando 10 de la Directiva sobre privacidad establece que la Directiva 95/46/CE se aplique «*para todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales que no están cubiertas de forma específica por las disposiciones de la presente Directiva, incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento de los datos y los derechos de las personas*».

Ello supone una aplicación de la doctrina según la cual una ley que regula una materia específica (*lex specialis*) prima sobre la ley que solo regula una materia general (*lex generalis*)

²¹ Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionados con motores de búsqueda, emitido el 4 de abril de 2008.

²² Véase la interpretación del concepto de datos personales el Dictamen 4/207 del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre el concepto de datos personales, adoptado el 20 de junio de 2007.

²³ En su Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda, emitido el 4 de abril de 2008, el Grupo de Trabajo del artículo 29 confirma que, en la mayoría de los casos, los cookies y las direcciones IP deben considerarse datos personales. El texto dice: «*Cuando un cookie contiene un identificador único de usuario, éste es claramente un dato personal. La utilización de una cookie permanente o de dispositivos similares con un identificador único de usuario permite seguir a los usuarios de un ordenador concreto, incluso en caso de utilización de direcciones IP dinámicas. Los datos sobre comportamiento generados por la utilización de estos dispositivos permiten centrarse más aún en las características personales del individuo en cuestión*».

En sintonía con lo que precede, el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, que se ocupa del consentimiento informado, será directamente aplicable. La Directiva 95/46 será plenamente aplicable menos en lo que refiere a las disposiciones que sean objeto específico de la Directiva sobre privacidad, que corresponden principalmente al artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, relativo a la legitimación del tratamiento de datos²⁴. El resto de disposiciones de la Directiva 95/46, incluidos los principios tocantes a la calidad de los datos, los derechos de los interesados (acceso, supresión, derecho de oposición, etc), la confidencialidad y la seguridad del tratamiento de las transferencias internacionales de datos será plenamente aplicable.

3.2.4. Ámbito territorial de aplicación del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE

El ámbito territorial de aplicación del marco precedente viene determinado por una combinación del artículo 3, apartado 1, con la Directiva sobre privacidad²⁵, por una parte, y del artículo 4, apartado 1, letras a) y c), con la Directiva 95/46/CE²⁶ por otra.

En dictámenes previos, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha dado orientaciones tocantes al concepto de establecimiento y la utilización del equipo al que se refieren el artículo 4, apartado 1, letras a) y c), respectivamente, de la Directiva 94/46/CE²⁷. Dicha orientación es plenamente aplicable a los proveedores de servicios de redes de publicidad.

3.3. Función y responsabilidad de los distintos actores

Como ya se ha indicado, la publicidad comportamental involucra a distintos actores, que incluyen a los proveedores de redes de publicidad, a los editores y a los anunciantes. Importa evaluar la función de cada uno para establecer las obligaciones que les competen con arreglo a la legislación sobre protección de datos vigente. En este sentido, el Grupo de Trabajo del artículo 29 hace observar lo siguiente:

En relación a los proveedores de redes de publicidad:

Primero, las obligaciones que se establecen en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas se aplican a quienes colocan cookies o recuperan información de cookies previamente almacenados en el equipo terminal de los usuarios. Con arreglo al artículo 5, apartado 3, es irrelevante que la instancia que coloque o lea el cookie sea un responsable del tratamiento de datos o un procesador de datos. En el contexto de la publicidad comportamental y según dicha interpretación, la obligación de obtener el consentimiento informado corresponde a los proveedores de redes de publicidad.

²⁴ El principio de tratamiento fiel y legítimo del artículo 6, apartado 1, letra a), puede también entenderse **como incluido en el artículo 5, apartado 3, en la medida en que la lealtad hace referencia a la transparencia** y la supone.

²⁵ El ámbito de aplicación de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas se expone en su artículo 3, apartado 1, con arreglo al cual el artículo 5, apartado 3, se aplicaría al almacenamiento o al acceso a la información sita en el equipo terminal del usuario que utilice las redes de comunicación pública en la UE.

²⁶ Los dos criterios que desencadenan la aplicación de la Directiva (o, mejor dicho, de la ley nacional que la ejecuta) son (i) que el tratamiento de datos se realice «en el marco de las actividades del establecimiento del responsable del tratamiento» con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra a), y (ii) si el responsable del tratamiento no está establecido en territorio de la UE pero a efectos de tratamiento de datos personales utiliza equipo, automatizado o no, situado en territorio de la UE, con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c).

²⁷ Véase Documento de trabajo 56 del Grupo de Trabajo del artículo 29, de 30 de mayo de 2002, relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE y, más recientemente, Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionados con motores de búsqueda, emitido el 4 de abril de 2008.

Segundo, al mismo tiempo, si la publicidad comportamental implica el tratamiento de datos personales, los proveedores de redes de publicidad desempeñan igualmente el papel de responsables del tratamiento de datos. Esto es muy importante en la medida en que se apliquen obligaciones adicionales derivadas de la aplicación de la Directiva 95/46/CE. Los proveedores de redes de publicidad tienen un control completo de los objetivos y medios del tratamiento de datos.

Los proveedores de redes «alquilan» espacio a los editores de sitios de internet para colocar anuncios, instalan y leen información con cookies y, en muchos casos, reúnen direcciones IP y posiblemente otros datos que pueda revelar el buscador. Además, los proveedores de redes de publicidad utilizan la información reunida sobre el comportamiento de los usuarios que navegan por internet para crear perfiles y seleccionar y mostrar anuncios basados en dicho perfil. En este contexto, funcionan claramente como responsables del tratamiento de datos.

En relación a los editores:

Los editores, entre otros, ceden espacio en alquiler en sus sitios de internet a las redes de publicidad para colocar anuncios. Configuran sus sitios de modo que los buscadores de los visitantes sean redireccionados automáticamente a la página web del proveedor de redes de publicidad (que les envía un cookie y publicidad a medida). Ello plantea la cuestión de su responsabilidad en el tratamiento de datos.

Como señaló recientemente el Grupo de Trabajo del artículo 29²⁸, que un editor se considere responsable del tratamiento de datos conjuntamente con el proveedor de la red de publicidad dependerá de las condiciones de colaboración entre el editor y el proveedor. En este sentido, el Grupo de Trabajo del artículo 29 hace observar que, en un contexto típico en que los proveedores de redes de publicidad envíen publicidad a medida, los editores contribuyen a la misma configurando sus sitios web de forma que, cuando un usuario visita el sitio web del editor, su buscador es automáticamente redireccionado a la página web del proveedor de la red de publicidad. Al hacerlo, el buscador del usuario transmitirá su dirección IP al proveedor de la red, quien procederá a enviar el cookie y la publicidad a medida. En este sentido, importa observar que los editores no transfieren la dirección IP del visitante al proveedor de la red de publicidad. Más bien, es el buscador del visitante el que automáticamente transfiere dicha información al proveedor de la red de publicidad. Sin embargo, esto solo sucede porque el editor ha configurado su sitio de internet para que el visitante de su propio sitio de internet sea automáticamente redireccionado al sitio del proveedor de la red de publicidad. En otras palabras, el editor *desencadena* la transferencia de la dirección IP, que es el primer paso que permitirá el posterior tratamiento de datos y que lleva a cabo el proveedor de la red de publicidad con el objeto de enviar publicidad a medida. Así pues, aunque técnicamente la transferencia de los datos de la dirección IP la realiza el buscador de la persona que visita el sitio de internet del editor, no es dicha persona la que desencadena la transferencia. La persona solo pretendía visitar el sitio de internet del editor. No pretendía visitar el sitio de internet del proveedor de la red de publicidad. Esta es la situación normal en la actualidad.

Teniendo en cuenta esto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que los editores tienen cierta responsabilidad en el tratamiento de datos, derivada de la aplicación nacional de la Directiva 95/46 u otra legislación nacional²⁹. Dicha responsabilidad no abarca todas las

²⁸ Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», adoptado el 16 de febrero de 2010.

²⁹ El Grupo de Trabajo del artículo 29 hace observar que la obligación de informar y otras obligaciones posibles puede derivarse también de principios generales de derecho (Derecho contractual y responsabilidad jurídica) así como de las leyes de protección del consumidor relativas a las prácticas comerciales entre empresas y consumidor, tales como la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los

actividades de tratamiento necesarias para enviar publicidad comportamental, como, por ejemplo, el tratamiento realizado por el proveedor de la red de publicidad consistente en crear perfiles que se utilizan luego para enviar publicidad a medida. Sin embargo, la responsabilidad del editor abarca la primera fase, es decir, la parte inicial del tratamiento de datos, a saber, la transferencia de la dirección IP que se produce cuando las personas visitan sus sitios de internet. Ello es así porque los editores facilitan dicha transferencia y ayudan a fijar los fines para los que se lleva a cabo, que son enviar publicidad a la medida a los visitantes. En resumen, y por dichas razones, los editores tienen cierta responsabilidad en estas acciones como responsables del tratamiento de datos. Responsabilidad, sin embargo, que exige respetar el grueso de las obligaciones contenidas en las Directivas.

En este sentido, es preciso interpretar el marco jurídico de modo flexible aplicando solo aquellas disposiciones que sean pertinentes. Los editores no retienen información personal, de modo que no tendría sentido aplicarles disposiciones de la Directiva como el derecho de acceso. Sin embargo, como se concreta a continuación, la obligación de informar a las personas del tratamiento de datos se aplica plenamente a los editores.

Amén de lo anterior, y tal Los dos criterios que desencadenan la aplicación de la Directiva (o, mejor dicho, de la ley nacional que la ejecuta) son (i) que el tratamiento de datos se realice «en el marco de las actividades del establecimiento del responsable del tratamiento» con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra a), y (ii) si el responsable del tratamiento no está establecido en territorio de la UE pero a efectos de tratamiento de datos personales utiliza equipo, automatizado o no, situado en territorio de la UE, con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra c). en que los editores actúan como responsables del tratamiento, están sometidos a las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46/CE relativas a la parte del tratamiento de datos que ellos controlan. En este sentido, junto con los proveedores de redes de publicidad, los editores *«deben garantizar que la complejidad y las características técnicas del sistema de publicidad orientada por el comportamiento no les impidan encontrar las vías adecuadas para cumplir con las obligaciones que incumben a los responsables del tratamiento y salvaguardar los derechos de los interesados»*³⁰.

En resumen, los editores deben ser conscientes de que, al celebrar contratos con redes de publicidad a efecto de poner a su disposición los datos personales de sus visitantes, adquieren responsabilidades con estos últimos. La amplitud de su responsabilidad, incluida la medida en la que se convierten en responsables del tratamiento de datos, debe analizarse caso por caso dependiendo de las condiciones particulares de colaboración con los proveedores de redes de publicidad, como se refleje en los acuerdos de servicio. Por consiguiente, los acuerdos de servicio entre editores y proveedores de redes de publicidad deben establecer las funciones y responsabilidades de ambas partes de acuerdo con el tipo de colaboración que se describa en los mismos.

En relación a los anunciantes:

Cuando un usuario clica en un anuncio y visita el sitio web del anunciante, este puede rastrear la campaña a través de la cual llegó el usuario. Si el anunciante capta la información de rastreo (p.e., determinados datos demográficos como «madres jóvenes» o un grupo de interés como «aficionado al deporte de riesgo») y lo combina con los datos del comportamiento del usuario al navegar o sus datos de registro, puede decirse que el anunciante es responsable del tratamiento de datos independiente en esta fase del tratamiento.

consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

³⁰ Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» <http://ec.europa.eu/homjustice/ff>

El presente Dictamen se centra en las operaciones de tratamiento de datos realizadas por el proveedor de la red de publicidad y el editor consistentes en enviar anuncios particularizados. No se detiene en otras posibles operaciones de tratamiento de datos que pueden realizar los anunciantes como se ha apuntado.

4. Obligación de obtener el consentimiento fundamentado previo

La norma general contenida en el párrafo primero del artículo 5, apartado 3, establece que 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 el usuario haya dado su consentimiento. Este artículo se cambió cuando en 2009 se modificó la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas. Los cambios en la versión modificada aclaran y refuerzan «la necesidad del consentimiento fundamentado previo de los usuarios»³¹. El Grupo de Trabajo del artículo 29 estima que el análisis jurídico que se hace a continuación es pertinente y válido con relación a la versión actual del artículo 5, apartado 3, y del artículo 5, apartado 3, modificado.

La sección siguiente analiza varias maneras de cumplir con los requisitos del artículo 5, apartado 3. Tras abordar el problema del consentimiento, se ofrecen orientaciones suplementarias sobre la obligación de proporcionar información.

4.1. La obligación de obtener el consentimiento previo de los usuarios antes de practicar publicidad comportamental

Con arreglo al artículo 5, apartado 3, un proveedor de redes de publicidad que desee almacenar información o tener acceso a información almacenada en el equipo terminal del usuario, tiene autorización para ello si: *i)* ha proporcionado al usuario información clara y completa con arreglo a la Directiva 85/46/CE, en particular sobre el objetivo del tratamiento de los datos y: *ii)* ha obtenido el consentimiento del usuario para el almacenamiento o el acceso a la información en su equipo terminal, tras haberle proporcionado la información exigida en *i)*.

Del enunciado literal del artículo 5, apartado 3, se infiere que: *i)* el consentimiento debe obtenerse *antes* de instalar el cookie o recoger la información almacenada en el equipo terminal, lo que normalmente se entiende como consentimiento previo y que *ii)* el consentimiento fundamentado solo puede obtenerse si se *ha dado al usuario* información previo sobre el envío y el cometido del cookie. En este sentido, es importante considerar que, para que el consentimiento sea válido en cualquier circunstancia en que se dé, debe ser concreto y libremente dado y constituir una indicación informada de los deseos del usuario. El consentimiento debe obtenerse antes de recoger los datos personales como medida necesaria para garantizar que las personas objeto de los datos sean conscientes de que consienten y de aquello a lo que dan su consentimiento. Además, el consentimiento debe ser revocable.

³¹ Esto se hace de dos modos: Primero, cambiando las palabras «derecho a impedir» por la necesidad de obtener «consentimiento» a que se refiere la Directiva 95/46/CE y, en segundo lugar, utilizando el verbo en pasado: «se ha proporcionado».

El punto siguiente analiza si el consentimiento mediante configuración del buscador y opciones de exclusión voluntaria proporcionadas por los proveedores de la red de publicidad cumple los requisitos del artículo 5, apartado 3.

4.1.1. Consentimiento mediante configuración del buscador

Los editores y los proveedores de redes de publicidad que practican la publicidad comportamental instalan cookies de rastreo en el equipo terminal del usuario cuando este accede a un sitio web que forma parte de una red de publicidad. Esto sucede a no ser que el buscador del usuario esté configurado para rechazar cookies. En la práctica, una vez que se instala el cookie y que el usuario realiza una búsqueda en la página web a la que se ha enviado la publicidad, puede tener conocimiento de los cookies y de cómo configurar el buscador para controlarlos. Esto lo hacen los editores y los proveedores de redes de publicidad. Estos suelen proporcionar información en sus términos y condiciones generales o usos de privacidad en relación a cookies de terceros utilizados para publicidad comportamental. La información puede incluir los objetivos básicos de dichos cookies y el modo de configurar el buscador para evitarlos. No obstante, esta práctica no cumple los requisitos del artículo 5, apartado 3, especialmente en su versión modificada, que hace hincapié en la obligación de proporcionar información previa y obtener un consentimiento previo (previo al inicio del tratamiento de los datos).

El considerando 66 de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas señala que el consentimiento del usuario puede expresarse utilizando la configuración adecuada de un buscador u otras aplicaciones, «*cuando sea técnicamente posible y eficaz, con arreglo a las disposiciones correspondientes de la Directiva 95/46/CE*». Esto no supone una excepción al artículo 5, apartado 3, sino un recordatorio de que, en dicho entorno tecnológico, el consentimiento puede darse de modos diferentes, cuando sea técnicamente posible y eficaz y de acuerdo con los demás requisitos pertinentes del consentimiento válido. En este contexto, una cuestión relevante es la de fijar las condiciones en que la configuración del buscador cumple los requisitos de la Directiva 95/46/CE, constituyendo así un consentimiento válido «*con arreglo a la Directiva 95/46/CE*». El Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que ello solo sucede en circunstancias muy limitadas dado que:

Primero, según la definición y los requisitos del consentimiento válido del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE, no puede considerarse sin más que los usuarios den su consentimiento por el simple hecho de adquirir o usar un buscador u otra aplicación que, por defecto, permite la recogida y el tratamiento de su información. Los usuarios normales no son conscientes del rastreo a que se somete su comportamiento en línea, los objetivos del rastreo, etc. No siempre saben cómo utilizar la configuración del buscador para rechazar cookies, aunque esto se incluya en las políticas de privacidad. Es una falacia considerar que, de forma general, la ausencia de reacción del usuario (el que no haya configurado el buscador para rechazar cookies) supone una indicación clara y sin equívocos de sus deseos. Como señala el Dictamen 1/2008 del Grupo de Trabajo del artículo 29 antes mencionado, «*La responsabilidad de su tratamiento no puede reducirse a la responsabilidad que incumbe al usuario de tomar o no precauciones en la configuración de su navegador*». Actualmente, de los cuatro buscadores principales, solo uno bloquea por defecto los cookies de terceros desde el momento en que se instala el buscador. Los otros tres buscadores están configurados por defecto para aceptar todos los cookies. En esos casos, se envían cookies y se recoge información sin recabar consentimiento, lo que contradice la necesidad de consentimiento previo³².

³² Una complicación adicional es que los tres buscadores mencionados siguen transmitiendo la información de cookies existente aun cuando están configurados para rechazar (nuevos) cookies de terceros. En otras palabras, la información sobre cookies instalados antes de que el buscador se configurara para rechazar

Segundo, para que las configuraciones del buscador pudieran suponer consentimiento fundamentado, no sería posible «ignorar» la opción elegida por el usuario al configurar el buscador. Sin embargo, en la práctica, los cookies borrados pueden reponerse fácilmente con los llamados «flash cookies», permitiendo que el proveedor de la red de publicidad siga controlando el comportamiento del usuario. La disponibilidad y el uso creciente de dicha tecnología suponen un reto para que las configuraciones del buscador expresen un consentimiento fundamentado, válido y eficaz.

Por último, un consentimiento que equivalga a configurar el buscador para que acepte cookies en bloque implica que los usuarios van a aceptar un tratamiento ulterior de los datos, posiblemente sin conocimiento alguno de los fines o usos del cookie. Un consentimiento en bloque de todo tratamiento ulterior de los datos sin conocimiento de las circunstancias que rodean el tratamiento no puede considerarse consentimiento válido³³.

Por ello, para que los buscadores u otras aplicaciones puedan «ser indicativos» de consentimiento válido, deben superar los problemas expuestos. Esto significa en concreto que:

- a) Los buscadores u otras aplicaciones que, por defecto, rechacen cookies de terceros y que requieran que el usuario realice una acción expresa para aceptar la configuración de una transmisión continuada de la información contenida en los cookies por sitios web específicos, puedan expresar un consentimiento válido y eficaz. Por el contrario, si las configuraciones del buscador estuvieran predeterminadas para aceptar todos los cookies, dicho consentimiento no cumpliría las disposiciones del artículo 5, apartado 3, dado que, en general, dicho consentimiento no puede constituir una indicación cierta de los deseos del usuario. Dicho consentimiento no sería ni específico ni previo (al tratamiento). Aunque un individuo concreto puede ciertamente decidir mantener la configuración para que acepte todos los cookies de terceros, no sería realista que los proveedores de redes de publicidad supusieran que la inmensa mayoría de los individuos que tienen sus buscadores «configurados» para aceptar cookies, ejercen efectivamente dicha opción.
- b) Los buscadores, juntos o en combinación con otras herramientas de información, incluida la cooperación de proveedores de redes de publicidad y editores, deben transmitir información clara, completa y perfectamente visible para garantizar que el consentimiento está plenamente fundamentado. Para cumplir lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, los buscadores deben transmitir, en nombre del proveedor de la red de publicidad, la información pertinente sobre el objeto de los cookies y el tratamiento de datos ulterior. Las advertencias genéricas sin referencia explícita a la red de publicidad que está instalando el cookie no son, pues, suficientes.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 opina que, si no se cumplen los requisitos citados, el hecho de proporcionar información y, hasta cierto punto, facilitar la capacidad del usuario para rechazar cookies (explicando cómo hacerlo) no puede en principio considerarse

cookies continuará enviándose al proveedor de la red de publicidad. Solo un buscador importante permite actualmente a los usuarios bloquear la instalación y la transmisión de datos de cookies de terceros (es decir, incluyendo cookies instalados antes de que el buscador se configurara para rechazar cookies). Esto tiene como consecuencia que también cookies instalados como primera parte (al visitar el sitio web único de, por ejemplo, un motor de búsqueda o un sitio de redes sociales) pueden seguir siendo leídos por dicho sitio cuando el usuario visita otro asociado con ese primer sitio web.

³³ Como afirma el Documento de trabajo relativo a una interpretación común del artículo 26, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, adoptado el 25 de noviembre de 2005 en el contexto de futuras transferencias de datos: « Por tratarse de un acto positivo, la importancia del consentimiento excluye de facto cualquier sistema por el que el interesado sólo tendría derecho a oponerse a la transferencia después de haberse producido: para que una transferencia pueda llevarse a efecto se ha de exigir el consentimiento específico para la misma».

consentimiento fundamentado en el sentido del artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas ni a la luz del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE.

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. El Grupo de Trabajo del artículo 29 exhorta a los fabricantes de buscadores a adoptar medidas urgentes en coordinación con los proveedores de redes de publicidad.

4.1.2. Consentimiento y ejercicio del derecho de exclusión voluntaria

Los proveedores de redes de publicidad ofrecen cada vez más sistemas de exclusión voluntaria que permiten a los usuarios optar por no recibir publicidad a medida³⁴. Mediante este sistema, el usuario debe entrar en el sitio de internet del proveedor de la red de publicidad e indicar que opta por rechazar la posibilidad de que se le rastree con fines de que se le suministren anuncios a medida. Estos sistemas se orientan a complementar y, hasta cierto punto, resolver los problemas antes descritos tocantes al consentimiento por configuración del buscador.

Tales sistemas de exclusión voluntaria basados en cookies son positivos y deben fomentarse en la medida en que facilitan las posibilidades técnicas que tienen actualmente los usuarios para ejercer su exclusión voluntaria. No obstante, tales sistemas no explicitan en principio el consentimiento del usuario. Solo en casos concretos, muy específicos, puede inferirse un consentimiento implícito. Ello pudiera ser el caso cuando un usuario experimentado, que está al tanto de la práctica de la publicidad comportamental, sabe que puede optar por rechazarla pero elige ejercitar un acto consciente de no exclusión (especialmente si lo hace antes de que se envíe ningún cookie al usuario). Pero este sistema no es un sistema adecuado para obtener el consentimiento fundamentado del usuario corriente. Las razones de ello son parecidas a las indicadas antes para la configuración del buscador, a saber:

Primero, los usuarios en general carecen de una comprensión básica del modo como se recogen datos, de cómo funciona la tecnología y, lo que es más importante, de cómo y dónde ejercer el derecho de exclusión voluntaria. Como consecuencia de ello, en la práctica muy pocas personas ejercen su opción de exclusión voluntaria, no porque hayan tomado la decisión fundamentada de aceptar la publicidad comportamental sino más bien porque no son conscientes de que, al no utilizar su derecho de exclusión voluntaria, la están de hecho aceptando.

Segundo, el consentimiento implica la participación activa del usuario previa a la recogida y tratamiento de datos. El sistema de exclusión voluntaria se refiere frecuentemente a una falta de reacción del usuario después de que ya haya empezado dicho tratamiento. Además, en el mecanismo de exclusión voluntaria no se da una participación activa; simplemente se supone o infiere la voluntad del usuario. Ello no satisface los requisitos del consentimiento jurídicamente efectivo.

³⁴ Véase, por ejemplo, la opción que ofrece la Network Advertising Initiative, que permite excluirse de distintas redes: http://www.networkadvertising.org/managing/opt_out.asp

En vista de lo que precede, el Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que los sistemas de exclusión no proporcionan al usuario normal medios efectivos de consentir en recibir publicidad comportamental. En este sentido, incumplen la disposición del artículo 5, apartado 3.

4.1.3. Los mecanismos de aceptación previa son más adecuados para explicitar el consentimiento fundamentado

El Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que los mecanismos de aceptación previa, que requieren un acto explícito del usuario que exprese su consentimiento antes de que se le envíe el cookie, se ajustan más al artículo 5, apartado 3. En una referencia al consentimiento como fundamento jurídico del tratamiento, el Grupo de Trabajo del artículo 29 confirmaba recientemente esta opinión: «Los desarrollos tecnológicos exigen también una consideración cuidadosa del consentimiento. En la práctica, el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE no siempre se aplica adecuadamente, especialmente en el contexto de internet, donde el consentimiento implícito no siempre lleva a un consentimiento inequívoco (como exige el artículo 7, letra a) de la Directiva). Dar a los usuarios una mayor capacidad de decisión previa, antes de que sus datos personales sean tratados por otros, requiere, no obstante, un consentimiento explícito (y consiguientemente una aceptación de la opción propuesta) para todo el tratamiento que se basa en dicho consentimiento».³⁵

En un Dictamen previo que abordaba este asunto, el Grupo de Trabajo del artículo 29³⁶ recomendaba recurrir a mensajes específicos: « En el caso de cookies, debería informarse al usuario cuándo está previsto que el software de internet reciba, almacene o envíe un cookie. El mensaje debería especificar, en un lenguaje normalmente comprensible, qué información se pretende almacenar en el cookie y con qué objetivo así como el periodo de validez del cookie». Tras recibir dicha información, la persona interesada debe poder indicar si desea que su perfil se utilice a efectos de publicidad comportamental.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 es consciente de los problemas prácticos que acarrea el recabar consentimiento, especialmente si este es necesario cada vez que se lee un cookie para enviar publicidad a medida. Para obviar este problema, en línea con el considerando 25 de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas («el derecho a impedir la instalación de tales dispositivos se pueden ofrecer en una sola vez durante una misma conexión ... en conexiones posteriores»), puede entenderse que la aceptación de un cookie por la persona interesada es válida no solo para el envío del cookie sino también para la ulterior recogida de datos derivados de dicho cookie. En otras palabras, el consentimiento obtenido para instalar el cookie y utilizar la información para enviar publicidad a la medida abarcaría ulteriores «lecturas» del cookie que se producen cada vez que el usuario visita el sitio web asociado al proveedor de la red de publicidad que instaló inicialmente el cookie.

Sin embargo, teniendo en cuenta que *i*) esta práctica implicaría que las personas aceptan ser controladas «una vez y para siempre», y que *ii*) las personas podrían sencillamente «olvidar» que, por ejemplo, hace un año, aceptaron ser controladas, el Grupo de Trabajo estima que deben aplicarse algunas salvaguardias. En concreto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 propone tres líneas de acción:

En primer lugar, limitar el alcance del consentimiento en el tiempo. El consentimiento para el control no debe ser «para siempre» sino solo para un período de tiempo limitado, por ejemplo un año. Pasado ese plazo, los proveedores de la red de publicidad necesitarían obtener un

³⁵ El Grupo de Trabajo del artículo 29 reconoce la labor realizada por asociaciones como The Future of Privacy para fomentar el uso de iconos a efectos informativos.

³⁶ Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17es.pdf.

nuevo consentimiento. Esto sería factible si los cookies tuviesen un ciclo de vida limitado después de su instalación en el equipo terminal de la persona interesada (y su fecha de caducidad no debiera prolongarse).

En segundo lugar, los riesgos antes señalados se paliarían aun más si se diera información complementaria, de la que trataremos en la sección 4.2.1.

En tercer lugar, el consentimiento dado libremente puede siempre revocarse. Los usuarios deben tener la posibilidad de revocar su consentimiento para ser controlados a efectos de envío de publicidad comportamental. En este sentido, es imprescindible proporcionar información clara sobre esta posibilidad y sobre cómo ejercerla (véase sección 4.2).

El Grupo de trabajo del artículo 29 anima a la industria de la publicidad a desarrollar los métodos apuntados u otros métodos alternativos que impliquen un acto expreso previo de los usuarios en aceptación de *i*) el almacenamiento del cookie y *ii*) el uso del cookie para rastrear al usuario a través de los sitios que consulte para enviar publicidad comportamental. Esto puede incluir el diseño de buscadores así como de tecnología de búsqueda.

4.1.4 Consentimiento fundamentado: niños

En el Dictamen 2/2009, el grupo de Trabajo abordó la protección de los datos personales de los niños³⁷. Los problemas relativos a la obtención de consentimiento fundamentado se recalcan aun más en el caso de los niños. Amén de los requisitos descritos antes (y a continuación) para la validez del consentimiento, en algunos casos el consentimiento de los niños deben darlo sus padres u otros representantes legales. En el caso que nos ocupa, esto supone que los proveedores de redes de publicidad podrían tener que informar a los padres de la recogida y utilización de datos del niño y obtener su consentimiento antes de recoger dichos datos y seguir utilizando la información con fines de realizar publicidad a medida para niños³⁸.

En vista de lo que precede y teniendo también en cuenta la vulnerabilidad de los niños, el Grupo de Trabajo del artículo 29 estima que los proveedores de redes de publicidad no deben ofrecer grupos de interés dirigidos a enviar publicidad comportamental a los niños o influir en ellos.

4.2. Obligaciones de información en el contexto de la publicidad comportamental

La transparencia es una condición clave para que las personas puedan consentir en la recogida y ulterior tratamiento de sus datos. Como ya se ha indicado, el contexto de la publicidad comportamental, los usuarios pueden no conocer o comprender la tecnología en la que se basa la publicidad comportamental o incluso que tales tipos de publicidad están dirigidos a ellos mismos. Es, pues, de capital importancia garantizar que se dé información suficiente y eficaz que pueda llegar a los usuarios de internet. Solo si los usuarios están informados, estarán en situación de ejercer sus opciones.

³⁷ Dictamen sobre protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas): http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_es.pdf

³⁸ Ello sumado a la legislación y normas técnicas aplicables a la publicidad.

4.2.1 ¿Qué información debe darse y quién debe darla?

El artículo 5, apartado 3, establece que el usuario debe recibir información, « en particular sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE». El artículo 10 de la Directiva 95/46 se ocupa de dicha información³⁹.

Con respecto a la publicidad comportamental, los usuarios deben recibir información, *entre otras cosas*, de la identidad del proveedor de la red de publicidad y el objetivo del tratamiento de sus datos. Debe informarse claramente al usuario de que el cookie permitirá al proveedor de publicidad recoger información sobre sus visitas a otros sitios web, los anuncios que estos muestran, los anuncios en los que ha clicado, el tiempo utilizado, etc.

Debe haber una explicación sencilla de la utilización del cookie para crear perfiles que sirvan para enviar publicidad a medida. El considerando 25 de la Directiva sobre privacidad requiere que las explicaciones se den de manera «clara y precisa». Afirmaciones tales como «*los anunciantes y otras partes pueden también utilizar sus propios cookies o etiquetados*» son claramente insuficientes.

En relación al modo en que debe darse dicha información, el considerando 25 requiere que sea «*tan asequible para el usuario como sea posible*». El Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que proporcionar un mínimo de información directamente en pantalla, de modo interactivo, fácilmente visible y comprensible, sería el modo más eficaz de cumplir este principio⁴⁰. Es importante que la información sea fácilmente accesible y perfectamente visible. Esta información esencial no debe disimularse en condiciones generales o declaraciones de privacidad.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 reconoce que técnicamente puede haber distintos modos de proporcionar información y anima a la creatividad en este campo. El Grupo de Trabajo del artículo 29 es consciente de que algunos proveedores de redes de publicidad han empezado a desarrollar nuevos modos de proporcionar información y se congratula de estos avances. Los iconos colocados alrededor del anuncio en el sitio web del editor con enlaces a información complementaria, son ejemplo de dichos avances, que el Grupo de Trabajo halla positivos y necesarios.

Teniendo en cuenta la posibilidad apuntada en la sección 4.1.3, de que las personas acepten ser controladas una vez, para abarcar lecturas ulteriores del cookie, el Grupo de Trabajo del artículo 29 considera esencial que los proveedores de redes de publicidad busquen modos de informar a las personas *periódicamente* de que están siendo controladas. A no ser que los usuarios reciban recordatorios claros e inequívocos del control por vías fáciles, es muy probable que, transcurrido un tiempo, no sean ya conscientes de que el control se está realizando y de que ellos lo aceptaron. En este sentido, el Grupo de Trabajo del artículo 29 apoyaría abiertamente la creación de un icono con mensajes anexos que alertara a los consumidores de que un proveedor de redes de publicidad está controlando sus búsquedas para enviar publicidad a medida. Este icono sería muy útil no solo para recordar a los usuarios el control al que están siendo sometidos sino también para controlar si desean seguir dando su consentimiento o revocarlo.

³⁹ Requiere en particular declarar la identidad del responsable del tratamiento, el objetivo del tratamiento, los receptores de los datos y la existencia del derecho de acceso en la medida en que dicha información adicional sea necesaria para garantizar un tratamiento leal.

⁴⁰ Lo que sintoniza con anteriores directrices del Grupo de Trabajo del artículo 29: Véase Recomendación sobre determinados requisitos mínimos para recogida en línea de datos personales en la Unión Europea, aprobada el 17 de mayo de 2001, en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43es.pdf

Otro asunto de importancia es el de *quién debe proporcionar la información*: ¿deben darla el anunciante, el proveedor de la red de publicidad o ambos? El resultado debe ser que los usuarios reciban información fácilmente accesible y perfectamente visible. Como se indica a continuación, la cooperación de proveedores de red y editores parece esencial a este respecto.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 hace notar que, a tenor del funcionamiento del artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad, la obligación de dar la información necesaria y obtener el consentimiento de los usuarios corresponde en última instancia a la instancia que envía y lee el cookie. En la mayoría de los casos, se trata del proveedor de la red de publicidad. Si los editores realizan un control conjunto, por ejemplo en los casos en que transfieren directamente la información identificable a los proveedores de la red, están también sometidos a la obligación de proporcionar información a los usuarios sobre el tratamiento de sus datos.

Además, como se observa en la sección 3.3., los editores comparten con los proveedores de redes publicitarias cierta responsabilidad por el tratamiento de datos realizado en un contexto de publicidad comportamental. Más en concreto, esta responsabilidad abarca la primera fase del tratamiento, a saber, la transferencia de la dirección IP al proveedor de la red publicitaria que se realiza cuando los usuarios visitan los sitios web de este y son redireccionados al sitio web del proveedor de la red.

En razón de dicha responsabilidad, los editores tienen determinadas obligaciones respecto de los usuarios que se derivan principalmente de la Directiva 95/46/CE⁴¹. En especial, el Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que los editores están sometidos a la obligación de proporcionar información a los usuarios sobre el tratamiento de datos que se realiza al redireccionarse su buscador y también sobre los fines para los que los proveedores de la red de publicidad utilizarán la información posteriormente. La información debe referirse no solo a la transferencia de la dirección IP a efectos de mostrar las acciones ejecutadas sino también al tratamiento ulterior de los datos que realizan los proveedores de la red de publicidad, incluida la configuración de cookies.

Evidentemente, el Grupo de Trabajo del artículo 29 no está sugiriendo que se proporcione información dos veces (una vez el proveedor de la red de publicidad y la otra el editor). El Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que este es un campo en que hay una necesidad clara de cooperación entre proveedores de redes de publicidad y editores para decidir quién proporciona la información y cómo se debe hacer. Hace, pues, un llamamiento a los proveedores de redes de publicidad y editores para que no escatimen esfuerzos en proporcionar los mensajes más eficaces y en garantizar un nivel máximo de concienciación entre los usuarios de internet sobre el modo el que, en cada situación concreta, funciona la publicidad comportamental. La necesidad de esta colaboración se recalca aun más si se tiene en cuenta que los proveedores de redes de publicidad son, en principio, invisibles para el usuario. En cambio, la interacción del usuario se da con el sitio web visitado, es decir, el sitio web del editor. Por ello, desde la perspectiva del usuario, es más claro recibir el mensaje del sitio web del editor. Esto puede hacerse de distintas maneras. Por ejemplo, si el editor proporciona espacio en su sitio web en que los proveedores de publicidad hagan visible la información necesaria.

⁴¹ Además, el Grupo de Trabajo del artículo 29 hace observar que los editores pueden estar obligados por los principios generales de Derecho (Derecho contractual y responsabilidad) y la legislación sobre protección del consumidor relativa a las prácticas comerciales entre empresas y consumidores a informar a las personas en la medida en que el tratamiento y el control se realice como resultado de su acción para redireccionar al usuario al proveedor de la red de publicidad.

Los organismos de protección de datos, en ejercicio de sus funciones, examinarán las medidas adecuadas para concienciar al usuario hacia estas prácticas así como los correspondientes derechos de los usuarios.

5. Otras obligaciones y principios derivados de la Directiva 95/46/CE

Además del artículo 5, apartado 3, los responsables del control de datos deben garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46 sin solaparse con el artículo 5, apartado 3, y, entre otras:

5.1. Obligaciones relativas a categorías particulares de datos

Los datos que denoten orígenes raciales o étnicos, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, afiliación a un sindicato o datos relativos a la salud o la vida sexual se consideran sensibles en base al artículo 8 de la Directiva 95/46. El Grupo de Trabajo del artículo 29 percibe riesgos graves de que se infrinjan datos personales de las personas si este tipo de información se utiliza para enviar publicidad comportamental. Cualquier categorización posible de los usuarios basada en información sensible abre las puertas a posibles abusos. Además, dada la sensibilidad de dicha información y la posibilidad de que se produzcan situaciones embarazosas si los usuarios reciben publicidad que revele, por ejemplo, sus preferencias sexuales o sus actividades políticas, debe disuadirse la oferta o el uso de categorías de interés que revelen datos sensibles.

Si, no obstante, los proveedores de redes de publicidad ofrecen y utilicen categorías de interés que revelan información sensible, deben atenerse al artículo 8 de la Directiva 95/46/CE. Por ejemplo, si un proveedor de redes de publicidad procesa el comportamiento individual para «situar» a la persona en una categoría de interés que indique una preferencia sexual particular, estará procesando datos sensibles con arreglo al artículo 8 de la Directiva 95/46/CE. El artículo prohíbe el tratamiento de datos sensibles excepto en determinadas circunstancias específicas. En este sentido, la única base jurídica que podría legitimar el tratamiento de datos sería un consentimiento explícito y específico de aceptación con arreglo al artículo 8, apartado 2, letra a). La exigencia de una manifestación específica, explícita y previa de acuerdo de la persona significa que un mecanismo de consentimiento de exclusión satisface los requisitos legales. Significa también que dicho consentimiento no puede obtenerse configurando el buscador. Para recoger y tratar este tipo de información, los proveedores de redes publicitarias deberían crear sistemas para obtener el consentimiento previo explícito, separado de otro consentimiento que se haya obtenido para el tratamiento de datos en general.

5.2 Cumplimiento de los principios de calidad de datos

El artículo 6 de la Directiva 95/46/CE sienta distintos principios que deben respetar los responsables del tratamiento de datos. En este contexto, son de especial interés los siguientes:

El Grupo de Trabajo del artículo 29 es consciente de que los perfiles reunidos y utilizados en publicidad comportamental podrían utilizarse para objetivos distintos de la publicidad. Potencialmente podría utilizarse para desarrollar nuevos servicios de índole aún no definida.

No obstante, lo anterior está condicionado al cumplimiento del artículo 6, apartado 1, letra b), que establece el *principio de limitación de objetivos*. Este principio prohíbe el tratamiento de datos personales que no sean compatibles con los fines que hicieron legítima la recogida de datos inicial. En otras palabras, la utilización segunda incompatible de la información recogida y almacenada con fines de publicidad comportamental iría en contra del artículo 6, letra b), de la Directiva 95/46/CE. Por ejemplo, si las redes de publicidad forman parte de un

grupo de empresas que proporciona servicios múltiples, en principio la red de publicidad no puede usar los datos recogidos para la publicidad comportamental en esos servicios distintos (a no ser que se demuestren que los fines son compatibles). Por la misma razón, las redes de publicidad no pueden enriquecer con otra información la reunida a efectos de publicidad comportamental.

Si los proveedores de redes de publicidad desean utilizar la información reunida con fines de publicidad comportamental para fines segundos e incompatibles, por ejemplo en otros servicios, necesitan una nueva base jurídica para ello con arreglo al artículo 7 de la Directiva 95/46/CE. Por ello, deberán informar a los usuarios y, en la mayoría de los casos, obtener su consentimiento con arreglo al artículo 7, letra a).

El artículo 6, apartado 1, letra e), dispone la eliminación de los datos cuando dejen de ser necesarios para los fines para los que fueron recogidos (*principio de conservación de datos*). El cumplimiento de este principio exige limitar el almacenamiento de la información. Consiguientemente, las empresas deben especificar y respetar los plazos concretos en los que se conservarán los datos.

En línea con lo anterior, la información sobre el comportamiento de los usuarios debe eliminarse si ya no es precisa para desarrollar un perfil. Los períodos de conservación de datos indefinidos o desusadamente largos van en contra del artículo 6, apartado 1, letra e) de la Directiva. El Grupo de Trabajo del artículo 29 observa que los períodos de conservación de datos de los principales proveedores de redes de publicidad son variables, utilizando algunas compañías períodos indefinidos y limitando otras el plazo de conservación a tres meses.

Por consiguiente, el Grupo de Trabajo del artículo 29 incita a los proveedores de redes de publicidad a que apliquen políticas que garanticen que la información recogida cada vez que se lee un cookie se borre inmediatamente o se haga anónima una vez expirado el plazo de conservación necesario. Todo responsable de tratamiento de datos debe poder justificar la necesidad de un período de conservación determinado. El Grupo de Trabajo del artículo 29 hace un llamamiento a los proveedores de redes de publicidad para que aporten razones que justifiquen el plazo de conservación que ellos consideren necesario con vistas a los objetivos del tratamiento de datos.

Cuando una persona solicita la eliminación de perfil o ejerce el derecho a retirar su consentimiento, dichos actos requieren que el proveedor de la red de publicidad elimine o borre rápidamente la información de dicha persona en la medida en que el proveedor deja de tener justificación legal (es decir, el consentimiento) que permita el tratamiento de los datos.

5.3 Derechos de los interesados

Los responsables del tratamiento de datos deben hacer que las personas afectadas por el tratamiento ejerzan sus derechos de acceso, rectificación, eliminación y oposición establecidos en los artículos 12 y 14 de la Directiva de protección de datos.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 está al tanto de iniciativas de proveedores de redes de publicidad por las que se ofrece acceso a categorías de interés con las que se etiqueta a las personas en base al número ID del cookie⁴². Estas nuevas herramientas permiten a los usuarios no solo acceder a las categorías de interés que les afectan sino también modificarlas y eliminarlas.

⁴² Véase el Ad Interest Manager de Yahoo en http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/opt_out/targeting/ Véase también Google's Interest-Based Advertising en <http://www.google.com/ads/preferences/html/about.html>.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 se felicita de estas iniciativas, que contribuyen a hacer efectivos los derechos que tienen las personas de acceder a sus datos personales y corregirlos. El Grupo de Trabajo del artículo 29 incita a los proveedores de redes de publicidad a aplicar procedimientos que informen a las personas de dichas herramientas y las hagan lo más visible que se pueda a los interesados de modo que los usuarios medios se sientan efectivamente capaces de utilizarlas.

5.4. Otras obligaciones

El artículo 17 de la Directiva impone a los responsables del tratamiento y a los procesadores la obligación de aplicar *las medidas técnicas y de organización adecuadas* para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la difusión y otras formas de tratamiento ilícito de datos personales. El cumplimiento de las obligaciones de seguridad requerirá que los proveedores de redes de publicidad apliquen medidas técnicas y organizativas avanzadas que garanticen la seguridad y confidencialidad de la información.

Con arreglo al artículo 18 de la Directiva 95/46/CE, los responsables del tratamiento de datos pueden tener que *notificar el tratamiento* de datos personales a la autoridad de control de datos, a no ser que estén exentos de esta obligación. Además, si los datos se transfieren fuera de la UE, por ejemplo a servidores situados en países terceros, los proveedores de redes de publicidad deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones de transferencias de datos personales a países terceros (artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE).

6. Conclusiones y recomendaciones

Las técnicas de publicidad comportamental permiten a los anunciantes, principalmente a los proveedores de publicidad, rastrear las acciones de las personas que navegan por internet, crear perfiles y utilizarlos para enviar publicidad a la medida. En la mayoría de los casos, las personas afectadas ignoran completamente lo que sucede.

El Grupo de Trabajo del artículo 29 considera muy preocupantes las implicaciones para la intimidad y la protección de datos que tiene esta práctica de creciente implantación. Aunque la legislación sobre protección de datos exige, entre otras cosas, que para realizar esta práctica se recabe el consentimiento informado de las personas, en realidad es muy dudoso que las personas corrientes sean conscientes y menos aun consientan ser controladas para recibir publicidad a medida.

Hasta ahora, los modos con que la industria ha proporcionado información y facilitado a las personas controlar si desean ser controladas han fracasado. Los mensajes que se dan en las condiciones generales o en la declaración de políticas de privacidad, redactadas a menudo de forma opaca, no alcanzan a respetar los requisitos de la legislación sobre protección de datos. En algunos Estados miembros, la industria ha hecho algunos esfuerzos para complementar la legislación existente con autorregulación. Tales esfuerzos son loables pues especifican los principios generales incluidos en el marco regulatorio. Sin embargo, el Grupo de Trabajo del artículo 29 considera que queda mucho camino por hacer. La industria debe redoblar sus esfuerzos para cumplir con las leyes aplicables, que se han reforzado.

Con el presente Dictamen, el Grupo de Trabajo del artículo 29 desea orientar a los interesados, en especial a los proveedores de redes de publicidad y a los editores para cumplir con el marco jurídico aplicable aquí interpretado. Con este objeto, el presente Dictamen expresa la opinión del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre cómo interpretar el marco jurídico aplicable de protección de datos a la práctica de la publicidad comportamental. El Dictamen es también una llamada a la industria para que promueva medios técnicos y de otra índole para cumplir con el marco jurídico aquí descrito e intercambie opiniones con el Grupo

de Trabajo del artículo 29 en relación a dichos medios. Al término de un cierto período de «discusión», el Grupo de Trabajo del artículo 29 evaluará la situación y adoptará las medidas necesarias y adecuadas. Mientras tanto, el Grupo de Trabajo del artículo 29 hace un llamamiento a las partes para que apliquen las recomendaciones que se describen a continuación.

6.1. Legislación aplicable

- El marco jurídico de la UE para utilizar cookies se establece sobre todo en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas⁴³.
- El artículo 5, apartado 3, se aplica siempre que una «información» como, p.ej., un cookie se almacena o se recupera en el equipo terminal de un usuario de internet. No es condición necesaria que esta información sea sobre datos personales.
- Además, la Directiva 95/46 se aplica a materias no cubiertas específicamente por la Directiva sobre privacidad siempre que son objeto de tratamiento datos personales. La publicidad comportamental se basa en el uso de identificadores que permiten crear perfiles muy detallados del usuario y que, en la mayoría de los casos, se consideran datos personales.

6.2. Jurisdicción, territorialidad, establecimiento

- La Directiva 95/46 se aplica al tratamiento de datos que tiene lugar cuando editores y proveedores de redes de publicidad practican publicidad comportamental con arreglo al artículo 4, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva 95/46/CE y con arreglo al artículo 3 de la Directiva sobre privacidad. Las orientaciones vigentes del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre esta materia son plenamente aplicables.

6.3. Funciones y responsabilidades

- **Los proveedores de redes de publicidad** están sujetos a las obligaciones del artículo 5, apartado 3, de la Directiva sobre privacidad en la medida en que instalen cookies o recuperen información de cookies ya almacenadas en el equipo terminal de los usuarios. Son también responsables del tratamiento de datos en la medida en que determinen los objetivos y los principales medios del tratamiento.
- **Los editores** tienen ciertas responsabilidades de control de datos que tienen que ver con el proceso que realiza en la primera fase de la manipulación de datos, a saber, cuando, por el modo en que configuraron sus sitios web, pueden hacer que se transfiera la dirección IP a los proveedores de la red de publicidad (lo que permite un tratamiento ulterior de los datos). Dicha responsabilidad implica algunas obligaciones limitadas de protección de datos (véase a continuación). Además, si los editores transfieren directamente datos personales identificables a los proveedores de redes de publicidad mismos, se les considera responsables conjuntos del tratamiento de los datos.

⁴³ La Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas modificada debe ser de aplicación antes de mayo de 2011.

6.4 Obligaciones y derechos

De los proveedores de redes de publicidad:

- El artículo 5, apartado 3, de la Directiva de privacidad que establece la obligación de obtener consentimiento fundamentado previo se aplica a los proveedores de redes de publicidad.
- Las configuraciones del buscador solo pueden expresar consentimiento en circunstancias muy limitadas. Especialmente, si los buscadores están configurados por defecto para rechazar todos los cookies (estando el buscador en esta opción) y el usuario ha cambiado las configuraciones para que acepten explícitamente los cookies, en relación a lo cual la persona interesada ha recibido información completa del nombre del responsable del tratamiento de los datos, de los fines del tratamiento y de los datos que se recogen. Por ello, el buscador, solo o en combinación con otros medios, debe transmitir información clara, completa y perfectamente visible sobre el tratamiento.
- Los proveedores de redes de publicidad deben animar a los fabricantes y conceptores de buscadores a aplicar la privacidad en el diseño de los mismos y trabajar con ellos en este sentido.
- Los mecanismos de exclusión basados en cookies no son en general adecuados para obtener el consentimiento fundamentado del usuario. En la mayoría de los casos, el consentimiento del usuario se da por hecho si no lo revoca expresamente, no porque haya decidido aceptar la publicidad comportamental sino más bien porque no es consciente del tratamiento de datos, y muchos menos de cómo ejercer su derecho de exclusión.
- Los proveedores de redes de publicidad deben abandonar rápidamente los mecanismos de exclusión para crear mecanismos de aceptación previos. Los mecanismos para expresar un consentimiento fundamentado y válido deben requerir la acción explícita del sujeto que indique su disponibilidad a aceptar los cookies y el ulterior control de su comportamiento durante la navegación con objeto de recibir publicidad a medida.
- Con arreglo al considerando 25 de la Directiva sobre privacidad, la aceptación del usuario de la recepción de un cookie puede también implicar su aceptación de las posteriores lecturas del cookie y, por ende, del control de sus búsquedas en internet. No sería necesario recabar el consentimiento para cada lectura del cookie. Sin embargo, para garantizar que las personas objeto de los datos sean conscientes del control a lo largo del tiempo, los proveedores de redes de publicidad deben: *i)* limitar en el tiempo el alcance del consentimiento; *ii)* ofrecer la posibilidad de retirar fácilmente el consentimiento a ser controladas a efectos de suministrarles publicidad comportamental y *iii)* crear un icono u otro tipo de herramienta que sean visibles en todos los sitios web en que se realice el control (los sitios asociados con el proveedor de la red de publicidad). Este icono no solo recordaría a los usuarios que están siendo controlados sino que los ayudaría también a decidir si desean seguir siendo controlados o retirar su consentimiento.
- Los proveedores de redes deben garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46/CE que no se solapan directamente con el artículo 5, apartado 3, a saber, el principio de limitación de fines y las obligaciones de seguridad.

- Además, los proveedores de redes de publicidad deben hacer que las personas ejerzan sus derechos de acceso, rectificación y eliminación de datos. El Grupo de Trabajo del artículo 29 se congratula de las prácticas de algunos proveedores de redes de publicidad, que ofrecen a los usuarios la posibilidad de acceder y modificar las categorías de interés en las que se les ha clasificado.
- Los proveedores de redes de publicidad deben aplicar políticas de conservación de datos que garanticen que la información recogida cada vez que se lee un cookie se borre automáticamente al cabo de un período razonable de tiempo (necesario a efectos del tratamiento). Esto se aplica también a las tecnologías de rastreo alternativas utilizadas en la publicidad comportamental, como el JavaScript instalado en el entorno del buscador del usuario.

Proveedores de redes de publicidad y editores:

- Proporcionar información perfectamente visible es una condición previa para que el consentimiento sea válido. Una mención de la práctica de la publicidad comportamental en las condiciones generales y en la declaración de políticas de privacidad no puede ser nunca suficiente. En este sentido, y teniendo en cuenta el bajo nivel medio de conocimientos sobre la práctica de la publicidad comportamental, deben hacerse esfuerzos para cambiar la situación.
- Los proveedores de redes de publicidad y los editores deben proporcionar información a los usuarios en cumplimiento del artículo 10 de la Directiva 95/46/CE. En la práctica, deben garantizar que se comuniquen a los usuarios, como mínimo, quién (es decir, qué entidad) es responsable de instalar el cookie y recoger la información anexa. Además, los usuarios deben estar informados de maneras sencillas de a) que el cookie se utiliza para construir perfiles; b) qué tipo de información se recogerá para construir dichos perfiles; c) que los perfiles se utilizan para suministrar publicidad a medida del usuario y d) que el cookie permite identificar al usuario en múltiples sitios web.
- Los proveedores y editores de redes deben proporcionar información directamente en pantalla, de forma interactiva, si es preciso, mediante mensajes estructurados por niveles. En cualquier caso, la información debe ser accesible y perfectamente visible.
- Los iconos instalados en el sitio web del editor, junto a la publicidad, con enlaces a información complementaria, son buenos ejemplos. El Grupo de Trabajo del artículo 29 exhorta a la industria de proveedores y editores a desarrollar la creatividad en este campo.

Bruselas, 22 de junio de 2010

*Por el Grupo de Trabajo
El Presidente
Jacob KOHNSTAMM*