



00879/12/ES
WP 194

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

Adoptado el 7 de junio de 2012

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

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

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

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

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

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

Visto su Reglamento interno,

HA ADOPTADO EL PRESENTE DICTAMEN

1 Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Análisis

2.1 Criterio A

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

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

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

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

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

2.2 Criterio B

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

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

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

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

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

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

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

2.3 Características de los cookies

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Cookies polivalentes

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

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

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

3 Hipótesis de utilización de cookies

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

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

3.1 Cookies de «entrada del usuario»

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

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

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

3.2 Cookies de autenticación

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

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

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

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

3.3 Cookies de seguridad del usuario

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

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

3.4 Cookies de sesión de reproductor multimedia

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

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

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

3.5 Cookies de sesión para equilibrar la carga

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

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

3.6 Cookies de personalización de la interfaz de usuario

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

Ejemplos típicos de *cookies* de personalización:

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

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

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

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

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

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

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

4 Cookies no exentos

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

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

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

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

4.2 Publicidad de terceros

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

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

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

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

4.3 Análisis propios

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

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

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

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

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

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

5 Resumen y directrices

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

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

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

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

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

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

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

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

Hecho en Bruselas, el 7 de junio de 2012

Por el Grupo de Trabajo
El Presidente
Jacob KOHNSTAMM