

En Barcelona, a 29 de octubre de 2020.

**CONSULTA A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS
(Art. 58.3b del RGPD¹ y 47 de la LOPDGDD²)**

presentada por

Reclamados, S.L., con N.I.F. B67236026 y domicilio a efecto de notificaciones en Ronda General Mitre, 126, 6º, 08021 Barcelona, representada en este acto por Pau Enseñat, con D.N.I. [...] (en adelante, el "Reclamados")

comparece ante

Agencia Española de Protección de Datos, con N.I.F. Q2813014D y domicilio en C/ Jorge Juan, 6, 28001 Madrid (en adelante, "AEPD") y como mejor proceda en Derecho formula las siguientes:

ALEGACIONES

1. Que el 28 de julio de 2020, la AEPD actualizó su *Guía sobre el uso de cookies* publicada el 8 de noviembre de 2019,³ con el objetivo de ajustar su contenido con las *Directrices 05/2020 sobre el consentimiento*⁴ del *European Data Protection Board* (en adelante, "EDPB"), contando para ello con la participación de las asociaciones Adigital, Asociación Española de Anunciantes, Autocontrol e IAB (en adelante, "Guía").
2. Que en la citada Guía, la AEPD propone soluciones y orientaciones sobre cómo cumplir con el [artículo 22](#) de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (en adelante, "LSSI") que transpone al ordenamiento jurídico español el [Art. 5.3](#) de la *Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas* (en adelante, "Directiva ePrivacy").

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

³ Guía sobre el uso de cookies (AEPD): <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>

⁴ Directrices 05/2020 (EDPB):

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf

3. Que el 7 de septiembre de 2020, el EDPB abrió la consulta pública de las *Directrices 08/2020 sobre la captación de usuarios de redes sociales*⁵, en las que determina el consentimiento como única base legal admisible para el uso de cookies.
4. Que el 1 de octubre de 2020, la Autoridad Francesa de Protección de Datos (en adelante, **CNIL**) anunció la aprobación de unas nuevas directrices (*Délibération n° 2020-091*⁶) y recomendaciones (*Délibération n° 2020-092*⁷) sobre el uso de cookies, en las que permite la instalación de cookies de análisis o medición exentas de solicitar el consentimiento.
5. Que el 16 de octubre de 2020, IAB anunció la existencia de un informe del Servicio de Inspección de la Autoridad Belga de Protección de Datos (en adelante, “**APD-GBA**”) que cuestiona la compatibilidad de la plataforma *real time bidding* (RTB) de IAB conocida como “*Transparency and Consent Framework*” o “**TCF**” con el RGPD.
6. Que de conformidad con el [Art. 19.2](#) de la LSSI, resulta de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal, si bien la remisión que se efectúa a la LOPD ha de interpretarse como hecha al RGPD, tal y como ha venido interpretando la propia AEPD.
7. Que en virtud del [Art. 57](#) del RGPD, entre las funciones de la AEPD destaca el “*hacer un seguimiento de cambios que sean de interés, en la medida en que tengan incidencia en la protección de datos personales, en particular el desarrollo de tecnologías de la información y la comunicación y las prácticas comerciales*”.
8. Que habida cuenta que los recientes pronunciamientos de las citadas autoridades de control pueden contravenir algunas orientaciones de la citada Guía de cookies de la AEPD y que el próximo 31 de octubre de 2020 finaliza el periodo transitorio para su implementación⁸,
Reclamados

SOLICITA
AL GABINETE JURIDICO DE LA AEPD

Que tenga por realizadas las anteriores alegaciones a los efectos legales oportunos, y en virtud de las facultades previstas en [el Art. 58.3 b\)](#) del RGPD, emita un dictamen destinado al público general, a la mayor celeridad posible, a fin de garantizar la seguridad jurídica ante la

⁵ Directrices 08/2020 (EDPB):

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202008_onthetargetingofsocialmediusers_en.pdf

⁶ *Délibération n° 2020-091*: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388179>

⁷ *Délibération n° 2020-092*: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388197>

⁸ Véase nota de prensa (AEPD): <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-actualiza-guia-cookies>

interpretación del [Art. 22.2](#) de la LSSI y el [Art. 5.3](#) de la Directiva ePrivacy sobre las siguientes consultas:

CONSULTA 1: Cookies de análisis o medición exentas de obtener el consentimiento.

1. Desde el año 2012, autoridades europeas y nacionales de protección de datos han venido reconociendo y regulando un criterio de exención del consentimiento para el uso de cookies analíticas que se limiten estrictamente a fines estadísticos agregados y de anonimización de origen:



ARTICLE 29
Data Protection Working Party

1.1 Unión Europea

El 7 de junio de 2012, el GT29 adoptó el *Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito del consentimiento de cookies*⁹, del que cabe destacar el siguiente tenor literal:

"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

⁹ Véase Dictamen 4/2012 (EDPB): https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_es.pdf

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.

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.

1.2 Francia

El 5 de diciembre de 2013, la CNIL adoptó sus primeras directrices sobre el uso de cookies (*Délibération n° 2013-378*)¹⁰, que desarrollaban e interpretaban el Art. 82 de la *Loi Informatique et Libertés transpose en droit français* por el que se transpuso al ordenamiento jurídico francés el Art. 5.3 de la Directiva ePrivacy, y en cuyo [Art. 6](#) se regulaba el uso de cookies analíticas exentas de la obligación de obtener el consentimiento:

"Artículo 6: En el caso específico de las cookies de medición de audiencia.

Un editor necesita medir la audiencia de su sitio web o aplicación. Con frecuencia se utilizan cookies para este fin y estos dispositivos pueden, en ciertos casos, ser estrictamente necesarios para el servicio solicitado por el usuario y, por lo tanto, quedar exentos de la obtención del consentimiento. En efecto, las estadísticas de frecuentación permiten a los editores detectar

¹⁰ Véase "Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978":

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028380230/>

problemas de navegación en su sitio o aplicación u organizar determinados contenidos.

*Por consiguiente, **el Comité recomienda que, para beneficiarse de esta exención del requisito de obtener el consentimiento, dicho procesamiento debe cumplir las siguientes condiciones:***

- la persona debe ser informada;*
- debe tener la posibilidad de oponerse a ella mediante un mecanismo de oposición que pueda utilizarse fácilmente en todas las terminales, sistemas operativos, aplicaciones y navegadores de Internet. No se debe recopilar ninguna información relativa a las personas que han decidido ejercer su derecho a objetar y transmitirla al editor del instrumento de análisis del tráfico;*
- la finalidad del dispositivo debe limitarse a la medición de la audiencia del contenido visualizado para permitir una evaluación del contenido publicado y la ergonomía del sitio o la aplicación. Los datos reunidos no deben cotejarse con otros procesamientos de datos (archivos de clientes o estadísticas de visitas a otros sitios, por ejemplo). El uso de la cookie depositada también debe limitarse estrictamente a la producción de estadísticas anónimas. Su alcance debe limitarse a un solo editor y no debe permitir el seguimiento de la navegación de la persona utilizando diferentes aplicaciones o navegando en diferentes sitios web;*
- el uso de la dirección IP para geolocalizar al usuario de Internet no debe proporcionar información más precisa que la ciudad. Esta dirección IP también debe ser eliminada o anonimizada una vez que la geolocalización se haya llevado a cabo, para evitar cualquier otro uso de estos datos personales o cualquier cruce con otra información personal;*
- En cuanto a las cookies, no deben tener una duración superior a trece meses y esta duración no debe ser extendida automáticamente en nuevas visitas. La información recogida a través de las cookies debe mantenerse durante un máximo de trece meses.”¹¹*

En 2014 la CNIL reconoció que determinadas soluciones de cookies analíticas estaban exentas de recabar el consentimiento, en la medida en que daban cumplimiento a los requisitos establecidos en el [Art. 6](#) de la *Délibération n° 2013-378*, en particular:

- **Piwik** (actualmente denominada Matomo):
https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Configuration_piwik.pdf

¹¹ Traducción realizada con DeepL.

- **AT Internet:**

https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/conformite_des_solutions_at_internet_-_cnil.pdf

Si bien algunos de los enlaces a la página web de la CNIL en la que se profundizaba con mayor detalle este asunto ya no están disponibles, aún podemos encontrar referencias a los mismos en su perfil oficial de Twitter:



URL: <https://twitter.com/CNIL/status/519860185247252481>

El 4 de julio de 2019 la CNIL adoptó la *Délibération n° 2019-093*¹², con el objetivo de actualizar sus directrices sobre el uso de cookies al RGPD¹³, y en cuyo [Art. 5](#) seguía regulando el uso de cookies analíticas exentas de la obligación de obtener el consentimiento:

"Artículo 5: En el caso específico de los trazadores de medición de audiencia.

Es posible que un editor tenga que medir la audiencia de su sitio web o de su aplicación, o probar diferentes versiones para optimizar sus opciones editoriales en función de sus respectivas prestaciones. Los rastreadores se utilizan frecuentemente con este fin y estos dispositivos pueden, en algunos casos, considerarse necesarios para la prestación del servicio explícitamente solicitado por el usuario, sin que sean particularmente intrusivos para ellos, y por lo tanto quedar exentos del requisito de consentimiento. Por ejemplo, las estadísticas

¹² Véase "Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur": <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038783337>

¹³ CNIL: <https://www.cnil.fr/en/cookies-and-other-tracking-devices-cnil-publishes-new-guidelines>

de tráfico y las pruebas destinadas a medir el rendimiento relativo de las diferentes versiones de un mismo sitio web (conocidas comúnmente como "pruebas A/B") permiten a los editores detectar problemas de navegación en su sitio o aplicación u organizar el contenido.

Por consiguiente, la Comisión considera que las operaciones de procesamiento que cumplan las siguientes condiciones pueden beneficiarse de esta exención del requisito de obtener el consentimiento:

- *deben ser realizadas por el editor del sitio o su subcontratista;*
- *el individuo debe ser informado antes de su aplicación;*
- *la persona debe tener la posibilidad de oponerse a ella mediante un mecanismo de oposición que pueda utilizarse fácilmente en todas las terminales, sistemas operativos, aplicaciones y navegadores de Internet. No debe realizarse ninguna operación de lectura o escritura en la terminal a la que la persona se haya opuesto;*
- *la finalidad del dispositivo debe limitarse a:*
 - i) la medición de la audiencia del contenido visualizado para permitir la evaluación del contenido publicado y la ergonomía del sitio o la aplicación,*
 - ii) la segmentación de la audiencia del sitio web en cohortes para evaluar la eficacia de las opciones editoriales, sin que ello dé lugar a que se dirija a una sola persona y*
 - iii) la modificación dinámica de un sitio de manera global. Los datos personales recopilados no deben ser cotejados con otros procesamientos (por ejemplo, archivos de clientes o estadísticas de visitas a otros sitios) ni transmitidos a terceros. El uso de rastreadores también debe limitarse estrictamente a la producción de estadísticas anónimas. Su alcance debe limitarse a un solo sitio o editor de aplicaciones móviles y no debe permitir el seguimiento de la navegación de la persona que utiliza diferentes aplicaciones o que navega en diferentes sitios web;*
- *el uso de la dirección IP para geolocalizar al usuario de Internet no debe proporcionar información más precisa que la ciudad. La dirección IP recogida también debe ser eliminada o anonimizada una vez que se haya realizado la geolocalización;*
- *los rastreadores utilizados para dicho procesamiento no deben tener una vida útil superior a los trece meses y esta vida útil no debe extenderse automáticamente en nuevas visitas. La información recogida mediante los trazadores debe conservarse durante un máximo de 25 meses.*¹⁴

¹⁴ Traducción realizada con DeepL.

El 19 de junio de 2020, el Consejo de Estado Francés emitió la resolución n° 434684¹⁵ por la que **confirmó la legalidad del Art. 5 de la *Délibération n° 2019-093***, después de que varias asociaciones profesionales -entre las que se encontraba IAB France, filial de IAB Europe- hubieran solicitado al Consejo de Estado la anulación de las directrices de la CNIL:

*"16. En segundo lugar, de las disposiciones mencionadas del artículo 82 de la Ley de 6 de enero de 1978 se desprende que las operaciones de lectura o escritura de la información almacenada en el terminal de un usuario que sean estrictamente necesarias para el funcionamiento técnico del sitio o que correspondan a la prestación de un servicio de comunicación en línea a petición expresa del usuario están exentas de la obtención del consentimiento. **De los documentos del expediente se desprende que la CNIL, en el artículo 5 de la decisión impugnada, enumeró las condiciones que deben cumplir los trazadores de medición de audiencia para beneficiarse de esa exención de la obligación de obtener el consentimiento**, indicando, en particular, que los trazadores utilizados en ese tratamiento, que corresponden a una de las dos categorías mencionadas en ese mismo artículo 82, no deben tener una duración superior a 13 meses y que la información recogida por medio de esos trazadores no debe conservarse durante más de 25 meses. Al definir esas duraciones indicativas para el uso de los trazadores y para la conservación de la información recogida a través de ellos, la CNIL, que no podía fijar legalmente un plazo de validez de las cookies de medición de la audiencia, se limitó a recomendar, mediante directrices no vinculantes, duraciones para el uso de esas cookies de tal naturaleza que permitieran reexaminar periódicamente su necesidad a la luz de las derogaciones de la regla del consentimiento previstas en los dos últimos párrafos del artículo 82. De ello se desprende que, contrariamente a lo que se afirma, la decisión impugnada no está viciada de ilegalidad en ese punto."¹⁶*

El pasado 1 de octubre de 2020, la CNIL anunció la aprobación de unas nuevas directrices sobre el uso de cookies (*Délibération n° 2020-091*¹⁷), en cuyo [Art. 5](#)

¹⁵ Véase resolución n° 434684 del Consejo de Estado: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-19-juin-2020-lignes-directrices-de-la-cnil-relatives-aux-cookies-et-autres-traceurs-de-connexion>

¹⁶ Traducción realizada con DeepL.

¹⁷ Véase "*Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019*": <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388179>

sigue regulando el uso de cookies analíticas exentas de la obligación de obtener el consentimiento:

"[...]

Caso específico de los trazadores de medición de audiencia

*La gestión de un sitio web o de una aplicación requiere casi sistemáticamente el uso de estadísticas de tráfico y/o de rendimiento. Estas medidas son en muchos casos esenciales para el buen funcionamiento del sitio o la aplicación y, por consiguiente, para la prestación del servicio. Por consiguiente, la Comisión considera que los trazadores cuya finalidad se limita a medir la audiencia del sitio o de la aplicación, con el fin de responder a diferentes necesidades (medición del rendimiento, detección de problemas de navegación, optimización de las prestaciones técnicas o de la ergonomía, estimación de la potencia de los servidores necesarios, análisis de los contenidos consultados, etc.) son estrictamente necesarias para el funcionamiento y la administración cotidiana de un sitio web o una aplicación y, por lo tanto, **no están sujetas, de conformidad con el artículo 82 de la Ley de protección de datos de Francia, a la obligación legal de obtener el consentimiento previo del usuario de Internet.***

Para limitarse a lo estrictamente necesario para la prestación del servicio, la Comisión subraya que estos trazadores deben tener una finalidad estrictamente limitada a la mera medición de la audiencia en el sitio web o la aplicación por cuenta exclusiva del editor. En particular, esos rastreadores no deben permitir el seguimiento general de la navegación de la persona utilizando diferentes aplicaciones o navegando en diferentes sitios web. Asimismo, esos trazadores sólo deben utilizarse para producir datos estadísticos anónimos, y los datos personales recogidos no pueden cotejarse con otras operaciones de procesamiento ni transmitirse a terceros, ni tampoco son necesarias esas diferentes operaciones para el funcionamiento del servicio.

De manera más general, la Comisión recuerda que las operaciones de tratamiento de medidas de audiencia son operaciones de tratamiento de datos personales que están sujetas a todas las disposiciones pertinentes del RGPD.¹⁸

Paralelamente, el mismo 1 de octubre de 2020 **la CNIL publicó unas recomendaciones** (*Délibération n° 2020-092¹⁹*) en la que se proponen

¹⁸ Traducción realizada con DeepL.

¹⁹ Véase "Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs»":

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388197>

procedimientos prácticos de cumplimiento en caso de utilización de cookies y otros rastreadores, cuyo [Art. 5](#) establece que:

“Artículo 5: Rastreadores exentos de consentimiento.

La Comisión observa que el artículo 82 de la Ley de protección de datos de Francia no exige que se informe a los usuarios de la existencia de operaciones de lectura y escritura no sujetas a consentimiento previo. Por ejemplo, es probable que la utilización por un sitio web de una cookie de preferencia de idioma que almacene sólo un valor que indique el idioma preferido del usuario esté cubierta por la exención y no constituya un tratamiento de datos personales sujetos al RGPD. No obstante, a fin de garantizar la plena transparencia de esas operaciones, la Comisión recomienda que se informe también a los usuarios de la existencia de esas cookies y de su finalidad, por ejemplo, incluyendo una mención al respecto en la política de privacidad.


Más concretamente, en lo que respecta a los rastreadores de medidas de audiencia exentos del requisito de consentimiento, tal como se describe en el artículo 5 de las Directrices de 17 de septiembre de 2020, la Comisión también recomienda que:

- Los usuarios deben ser informados sobre la aplicación de estos rastreadores, por ejemplo, a través de la política de privacidad del sitio o de la aplicación móvil;*
- la vida útil de los rastreadores debe limitarse a un período que permita una comparación significativa de las audiencias a lo largo del tiempo, como sucede en el caso de un período de 13 meses, y no debe prorrogarse automáticamente para nuevas visitas;*
- la información recogida mediante estos trazadores debe conservarse durante un período máximo de 25 meses;*
- los períodos de vida y de retención antes mencionados estarán sujetos a revisión periódica.”* ²⁰

Por último, cabe señalar que **la propia CNIL ha implementado las cookies analíticas de Piwik (Matomo) en su página web www.cnil.fr, las cuales se instalan por defecto al acceder a la misma sin una primera capa informativa, debiendo acudir a la sección “*Gestion des cookies*” en la parte superior de la página para manifestar la oposición a su instalación, tal y como pone de manifiesto la siguiente grabación:**

https://reclamadatos.es/CNIL_Matomo_Piwik.mp4

²⁰ Traducción realizada con DeepL.

 1.3 España

El pasado 28 de julio de 2020, la AEPD actualizó su Guía sobre el uso de cookies, en cuya [página 12](#) se limitó a recoger la reflexión que efectuó el GT29 en 2012 sobre la poca probabilidad que las cookies para análisis propios supongan un riesgo para la privacidad, sin llegar a regular las condiciones para que este tipo de cookies estén exentas de la obligación de obtener el consentimiento:

"c) Cookies de análisis o medición: son aquellas que permiten al responsable de las mismas el seguimiento y análisis del comportamiento de los usuarios de los sitios web a los que están vinculadas, incluida la cuantificación de los impactos de los anuncios. La información recogida mediante este tipo de cookies se utiliza en la medición de la actividad de los sitios web, aplicación o plataforma, con el fin de introducir mejoras en función del análisis de los datos de uso que hacen los usuarios del servicio.

Respecto al tratamiento de datos recabados a través de las cookies de análisis, el GT29 manifestó que, a pesar de que no están exentas del deber de obtener un consentimiento informado para su uso, es poco probable que representen un riesgo para la privacidad de los usuarios siempre que se trate de cookies de primera parte, que traten datos agregados con una finalidad estrictamente estadística, que se facilite información sobre sus usos y se incluya la posibilidad de que los usuarios manifiesten su negativa sobre su utilización."

2. En el contexto descrito, se solicita al Gabinete Jurídico de la AEPD **que confirme si el criterio enunciado por el GT2019 en su *Dictamen 4/2012* y desarrollado posteriormente por la CNIL en los Art. 5 de la *Délibération n° 2020-091* y *Délibération n° 2020-092* para el uso de cookies analíticas exentas de obtener el consentimiento, es conforme al art. 22.2 de la LSSI que transpone al ordenamiento jurídico español el Art. 5.3 de la Directiva ePrivacy y, por consiguiente, también pueden ser de aplicación en España.**

CONSULTA 2: El interés legítimo como base jurídica para la instalación de cookies.

1. Que el 28 de abril de 2018, IAB lanzó el “*Transparency & Consent Framework*” (en adelante, “**TCF**”), un marco tecnológico que facilita la automatización de las subastas basadas en precio y las compras en tiempo real, conocida como **RTB** (*real time bidding*) y, a su vez, incorpora un *consent management platform* o **CMP**, **utilizando el consentimiento y/o interés legítimo como bases legales para la instalación de cookies y/o tecnologías similares**, tal y como establece el TCF, accesible a través de la página web de IAB: <https://iabeuropa.eu/iab-europe-transparency-consent-framework-policies/>



2. Que el 20 de junio de 2019, la Agencia Británica de Protección de Datos (en adelante, “**ICO**”) publicó el “*Update report into adtech and real time bidding*”²¹ en el que analizó el TCF de IAB, **concluyendo que la única base legal admisible es el consentimiento:**

*“Creemos que **la naturaleza del procesamiento dentro de la RTB hace imposible cumplir con los requisitos de base legal del interés legítimo. Esto significa que el interés legítimo no puede ser utilizado para el tratamiento de la solicitud de oferta principal. Esto ocurriría incluso si fuera posible que el interés legítimo fuera aplicable en otra parte del ecosistema de la RTB –por ejemplo si se pide a un DMP que complemente una solicitud de oferta con información adicional. Parece haber una percepción por parte de algunos participantes de que el consentimiento es “un desafío” y que el interés legítimo es la “opción fácil”. En general, no creemos que se comprenda plenamente qué requiere el interés legítimo.***

En nuestra opinión, la única base legal para el tratamiento de datos personales en la RTB “habitual” es el consentimiento (es decir, el tratamiento relacionado con la colocación y lectura de la cookie y la posterior transferencia de la solicitud de oferta). En primer lugar, esto se debe a que el PECR²² requiere el consentimiento en el punto inicial para el uso de cualquier cookie no esencial. Las cookies utilizadas con fines de publicidad en línea (no sólo RTB, sino todos los tipos de publicidad en línea) requieren el consentimiento previo del RGPD y

²¹ Informe “*Update report into adtech and real time bidding*” de la ICO: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906.pdf>

²² PERC: *The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003*, transposición al ordenamiento jurídico británico de la Directiva ePrivacy: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32002L0058#GBR>

no pueden basarse en una exención del [Art. 6 del PERC](#), como se ha indicado anteriormente. En segundo lugar, si bien el tratamiento asociado de datos personales puede basarse en una base legal alternativa, el consentimiento es también la base legal más apropiada para el tratamiento de datos personales más allá de la instalación de cookies.

Esto se debe a la naturaleza del tratamiento en la RTB, en particular cuando se considera junto con la orientación previa de las autoridades de protección de datos sobre el tratamiento en el contexto de la publicidad en línea.”²³



3. Que el pasado 7 de septiembre de 2020, el EDPB abrió la consulta pública de las “Directrices 08/2020 sobre la captación de usuarios de redes sociales”, en el que también **determina que el interés legítimo no puede actuar como un fundamento jurídico apropiado:**

“5.3.2 Base legal

65. En primer lugar, dado que los ejemplos 4, 5 y 6 implican el uso de cookies, es necesario tener en cuenta los requisitos derivados del artículo 5.3 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

*66. A este respecto, cabe señalar que el párrafo 3 del artículo 5 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas **exige que se facilite a los usuarios información clara y completa, entre otras cosas, sobre los fines del tratamiento, antes de dar su consentimiento**, salvo excepciones muy limitadas. Una información clara y completa implica que el usuario está en condiciones de determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que el consentimiento dado esté bien informado. En consecuencia, el responsable del tratamiento tendrá que informar a los interesados acerca de todos los fines pertinentes del tratamiento, incluido cualquier tratamiento posterior de los datos personales obtenidos mediante el acceso a la información en el equipo terminal.*

67. Para ser válido, el consentimiento recogido para la aplicación de las tecnologías de rastreo debe cumplir las condiciones establecidas en el artículo 7 de la Ley de reglamentación de las exportaciones. Por ejemplo, el consentimiento no es válido si se permite el uso de cookies mediante una casilla de verificación marcada previamente por el proveedor de servicios, que el usuario debe desmarcar para denegar su consentimiento. Sobre la base del considerando 32, acciones como el desplazamiento o la navegación por una página web o una actividad similar del usuario no satisfarán en ningún caso el requisito de una acción afirmativa clara: esas acciones pueden ser


²³ Traducción realizada con DeepL.

difíciles de distinguir de otra actividad o interacción de un usuario y, por lo tanto, tampoco será posible determinar que se ha obtenido un consentimiento inequívoco. Además, en tal caso, será difícil proporcionar al usuario una forma de retirar el consentimiento de una manera que sea tan fácil como otorgarlo.

[...]

*71. Adicionalmente, cualquier tratamiento posterior de datos personales, incluidos los datos personales obtenidos mediante cookies, plug-ins sociales o píxeles, debe tener también un fundamento jurídico en virtud del artículo 6 del RGPD para ser lícito. En lo que respecta al fundamento jurídico del tratamiento en los Ejemplos 4, 5 y 6, **el EDPB considera que el interés legítimo no puede actuar como un fundamento jurídico apropiado, ya que el objetivo se basa en la vigilancia del comportamiento de los individuos a través de sitios web y lugares utilizando tecnologías de rastreo.***

*72. Por consiguiente, en tales circunstancias, **es probable que el fundamento jurídico apropiado para cualquier tratamiento posterior en virtud del artículo 6 del RGPD sea también el consentimiento del interesado.** De hecho, al evaluar el cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Protección de Datos, hay que tener en cuenta que el tratamiento en su conjunto implica actividades específicas para las que el legislador de la Unión Europea ha tratado de proporcionar una protección adicional. Además, los responsables del tratamiento deben tener en cuenta las repercusiones en los derechos de los interesados al determinar la base jurídica adecuada para respetar el principio de equidad.”²⁴*

-  4. Que el pasado 16 y 19 de octubre de 2020, IAB anunció la existencia de un informe del Servicio de Inspección de la Autoridad Belga de Protección de Datos (en adelante, “APD-GBA”) que **cuestiona la compatibilidad del TCF de con el RGPD**:
 - Comunicado IAB Europe: <https://iabeurope.eu/all-news/iab-europe-comments-on-belgian-dpa-report/>
 - Comunicado IAB Tech Lab: <https://iabtechlab.com/iab-and-tech-lab-respond-with-support-for-open-rtb-and-iab-europes-transparency-consent-framework/>
5. Que en el contexto descrito, se solicita al Gabinete Jurídico de la AEPD **si el interés legítimo puede ser una base jurídica suficiente para el uso e instalación de cookies, inclusive en el marco de un RTB**, de conformidad con el Art. 22.2 de la LSSI que transpone al ordenamiento jurídico español el Art 5.3 de la Directiva ePrivacy.

²⁴ Traducción realizada con DeepL.