



La consulta plantea cuestiones relacionadas con el cumplimiento del art. 22.2 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI); en particular plantea si en caso de utilizarse un sistema de implementación de un pixel en los correos electrónicos que se remiten para el envío de comunicaciones con fines de publicidad y prospección comercial puede obtenerse el consentimiento enviando un email informando sobre la existencia del sistema junto con un hipervínculo con la política de cookies o si junto ha de remitirse un hipervínculo con un formulario de aceptación expresa mediante un sistema de opt in.

I

Como indica la consulta, la normativa aplicable aparece presidida por el artículo 22.2 LSSI, que teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones dispone lo siguiente:

“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”.

El precepto en su redacción inicial fue añadido por el art. 4.3 del Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de marzo, que tenía por objeto la trasposición de



directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas (Directiva 2009/136/CE), y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, según su propia rúbrica.

Según su Exposición de Motivos, *“mediante este real decreto-ley se efectúa la incorporación al ordenamiento jurídico español del nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas, marco que está compuesto por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Ciudadanos), y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (LCEur 2009, 1993) (Mejor Regulación).*

La transposición de estas Directivas se efectúa mediante la modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como una modificación puntual de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”.

La Exposición de Motivos ahonda en la cuestión señalando: *“Por último, se modifican varios artículos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, a fin de adecuar su régimen a la nueva redacción dada, por la Directiva 2009/136/CE, a 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, debiéndose destacar la nueva redacción que se da a su artículo 22.2, para exigir el consentimiento del usuario sobre los archivos o programas informáticos (como las llamadas «cookies») que almacenan información en el equipo de usuario y permiten que se acceda a ésta; dispositivos que pueden facilitar la navegación por la red pero con cuyo uso pueden desvelarse aspectos de la esfera privada de los usuarios, por lo que es importante que los usuarios estén adecuadamente informados y dispongan de mecanismos que les permitan preservar su privacidad”.*

Y es que, tal y como afirma la Introducción de la Guía sobre el uso de las cookies disponible en la página web de esta Agencia (www.agpd.es) *“mediante la utilización de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, como cookies u otros, los prestadores de servicios obtienen datos relacionados con los usuarios que posteriormente podrán ser utilizados para la prestación de los servicios concretos, para servir publicidad o como base para el desarrollo*



de mejoras o nuevos productos y servicios en ocasiones gratuitos. Esta circunstancia determina la necesidad de implantar un sistema en el que el usuario sea plenamente consciente de la instalación de aquellos dispositivos y de la finalidad de su utilización, siendo en definitiva conocedores del destino de los datos que estén siendo utilizados y las incidencias que este sistema implica en su privacidad. Por ello, la nueva regulación comunitaria y nacional requiere la obtención de un consentimiento informado con el fin de asegurar que los usuarios son conscientes del uso de sus datos y las finalidades para las que son utilizados”.

Como hemos adelantado, el art. 22.2 LSSI ha sido modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones. Dicha Disposición Final también ha alterado el régimen sancionador, en cuanto a las infracciones leves y graves relacionadas con el incumplimiento del art. 22.2 LSSI, de forma que en la actualidad el art. 38.4.g) LSSI tipifica como infracción leve: *“Utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2”.*

En segundo lugar, debemos precisar que el presente informe se refiere a los dispositivos que permiten el almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los usuarios, aunque por razones de estilo se acuda al término “cookies” con carácter general; pero entendiendo incluido en dicho término todo dispositivo de tales características, al igual que en la Guía de cookies antes indicada.

Y es que el consultante no cuestiona que en el presente caso nos encontremos ante un dispositivo de almacenamiento y recuperación de datos, puesto que se trata de la implementación de un pixel en los correos electrónicos que se remiten para el envío de comunicaciones comerciales por email con fines de publicidad y prospección comercial. En este sentido, el consultante indica que parte de una base de datos en la que figuran direcciones de correo electrónico, habiendo los usuarios prestado el consentimiento previo y expreso al efecto, en los términos del art. 45 del RD 1720/2007 de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Lo que se cuestiona es, como complemento de la publicidad remitida y con el fin de realizar una publicidad basada en el comportamiento de los usuarios, cómo



ha de obtenerse el consentimiento para la implementación de un pixel en los correos electrónicos remitidos.

II

Como mecanismos de obtener el consentimiento, el consultante plantea dos sistemas; partiendo siempre de una información adecuada, cuestiona si cabe la mera remisión en un correo electrónico a una política de cookies, entendiendo que quien no se oponga ha otorgado su consentimiento, o si el correo remitido ha de remitir a un formulario de aceptación expresa mediante un sistema de opt in.

Así, la respuesta debe ser claramente negativa para el primer sistema, denominado de *opt out*, y positiva para el segundo sistema de *opt in*. Tras la Directiva 2009/136/CE y el Real Decreto Ley 13/2012 no puede interpretarse que sea dable un sistema de opt-out. Por ello, no cabe entender prestado el consentimiento por el ejercicio del derecho de exclusión, esto es, mediante los sistemas en los que el usuario debe entrar en una página web e indicar que rechaza la posibilidad de rastreo por parte del proveedor de la red de publicidad con fines publicitarios. Tal y como indicó el Dictamen 2/2010 de 22 de junio de 2010 sobre publicidad comportamental en línea, *“tales sistemas no explicitan el principio del consentimiento del usuario”*. En la misma línea, no entendemos que esta sea una vía para obtener el consentimiento informado en los términos de la consulta: en la medida en que no existe una manifestación de voluntad entendida en el sentido de conducta activa, y que la misma no es específica, el sistema de exclusión voluntaria no es adecuado. Por similares razones, no sería suficiente la supuesta obtención del consentimiento implícito mediante la mera inclusión de la información en la política de privacidad o explicaciones genéricas en las páginas web que incluyan cookies.

Como antes afirmábamos, el art. 22.2 LSSI tiene por objeto la trasposición de la Directiva 2009/136/CE que revisaba la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas 2002/58/CE. Uno de los cambios fundamentales introducidos en la misma fue exigir un consentimiento informado para la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los usuarios. Es decir, precisamente se daba respuesta a la cuestión planteada en el presente informe, y se pasaba de un régimen de autoexclusión voluntaria, por el que un usuario podía oponerse



al uso de cookies (comúnmente llamado *opt out*) a un sistema basado en el consentimiento informado (*opt in*).

Precisamente éstas fueron las cuestiones resueltas por el Dictamen del Grupo de Trabajo creado al amparo del art. 29 de la Directiva 1995/46/CE número 16/2011 sobre la recomendación de mejores prácticas de EASA/IAB sobre publicidad comportamental en línea de 8 de diciembre de 2011.

La introducción de dicho Dictamen 16/2011 explica los motivos del cambio señalando: *“El requisito del consentimiento refleja la creciente preocupación de los ciudadanos, los políticos, las autoridades responsables de la protección de datos, las organizaciones de consumidores y los responsables de las políticas por el rápido aumento de las posibilidades técnicas que permiten seguir el comportamiento de navegación de las personas en internet de manera continuada y en distintos sitios de la red. Además, las posibilidades ofrecidas a los ciudadanos para proteger su vida privada y sus datos personales contra este tipo de seguimiento no han mantenido el mismo ritmo de crecimiento. En 2009, los responsables de las políticas expresaron serias dudas sobre la posibilidad de recurrir al sector publicitario pertinente para aumentar la concienciación de la opinión pública y la libre elección por los usuarios respecto a la publicidad comportamental en línea. Afirma dicho dictamen que numerosas encuestas públicas han mostrado que el usuario medio de Internet no sabe que su comportamiento está siendo seguido mediante cookies u otros identificadores únicos, ni tiene conocimiento de quién lo hace y con qué finalidad. Este desconocimiento contrasta enormemente con la creciente dependencia de muchos ciudadanos europeos del acceso a Internet para actividades cotidianas como compras, lectura, comunicación con los amigos y búsqueda de información. Asimismo, Internet está sustituyendo rápidamente diversas actividades fuera de línea, como el acceso a los servicios públicos. La acelerada sustitución del acceso a Internet «fijo» por el acceso móvil ha complicado aun más la capacidad de los usuarios de Internet de protegerse con medios técnicos”*.

Y es que ya con anterioridad el Grupo de Trabajo del artículo 29 señaló en el Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea antes citado que *“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 previa 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”.

Volviendo al Dictamen 16/2011, en el mismo se apreció que no era conforme con la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas un sistema de *opt out*, en el que el usuario pudiera manifestar su oposición al uso de cookies, de modo que se le permitiera darse de baja en cualquier momento, sino que debería establecerse un sistema en el que se obtuviera el consentimiento del usuario. Así, dicho Dictamen afirmaba: *“El Código EASA/IAB, en lugar de buscar el consentimiento de los usuarios, dice ofrecer una fórmula para «elegir», pero, de hecho, permite elegir darse de baja, ya que ofrece al usuario la posibilidad de oponerse a que sus datos sean recogidos y tratados para fines de publicidad comportamental en línea. Esta «opción» no es coherente con el artículo 5, apartado 3, de la Directiva revisada sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, ya que los datos son efectivamente tratados sin consentimiento del usuario y sin proporcionarle información antes de que se produzca el tratamiento. Por tanto, la observancia del Principio II no satisface el requisito establecido en la Directiva revisada sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas”.*

Las conclusiones indicadas conllevan, por tanto, la inadmisibilidad de un sistema como el primero de los planteados por el consultante, en el que se remitiría un email *“informándoles de la existencia de este nuevo servicio y en el que se incluiría un hipervínculo que les remitiría a una política de cookies informándoles acerca de la finalidad de la instalación de una cookie/pixel y de los usos que se les darán... Si el usuario no ejercita su derecho de oposición al tratamiento de datos personales se entenderá que ha otorgado su consentimiento...”* y pudiendo también revocar el consentimiento y eliminar las cookies; sistema que en lo que aquí interesa permite elegir darse de baja, pero no obtiene un consentimiento previo.

Y en este sentido la remisión a los usuarios de un “formulario de aceptación expresa mediante un sistema de *opt in*”, que es el segundo de los sistemas planteados por el consultante, sí daría cumplimiento al requisito de obtención de un consentimiento.



En cuanto a los caracteres de este consentimiento, el artículo 2.f) de 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, que ha sido modificada por la Directiva 2009/136/CE, no define el consentimiento de un usuario, sino que se limita a remitirse a la definición de la Directiva 95/46/CE. Por su parte, el artículo 2.h) de la misma entiende por consentimiento del interesado *“toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan”*. En este mismo sentido, el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos personales define el consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan”*.

Por tanto, el primer elemento que define el consentimiento es una “manifestación de voluntad”. Esto incluye una declaración de voluntad expresamente formulada – bien sea con las palabras “consiento expresamente” u otras que de forma indudable indiquen la voluntad de una persona al efecto -. En el ámbito de la publicidad comportamental tal declaración de voluntad expresa podría realizarse de diferentes maneras. En este punto el Dictamen 16/2011 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre la recomendación de mejores prácticas de EASA/IAB sobre publicidad comportamental en línea incluía algunos ejemplos de consentimiento expreso en caso de utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en Internet. Así, se refiere a *“una banda informativa estática en la parte superior de los sitios web en la que se solicita el consentimiento del usuario para instalar algunas cookies”*, En el mismo documento se hace alusión a *“una pantalla introductoria en la que se explique, al entrar en el sitio web, qué cookies se instalarán y por parte de quién si el usuario da su consentimiento”*, pudiendo exigirse en esa misma pantalla el click del usuario prestando el consentimiento. En todos estos casos, la manifestación de voluntad se concreta en un consentimiento expreso. También será el consentimiento expreso cuando, tratándose de la inscripción en un servicio en línea, se rellenen por el usuario los distintos campos incluyendo la prestación del consentimiento para la instalación y utilización de cookies. La Guía sobre el uso de cookies antes aludida publicada en la página web de esta Agencia explicita los criterios de la misma sobre modos de obtención del consentimiento en Internet.



En el presente caso relativo al envío de correos electrónicos con fines publicitarios, el consentimiento sólo será válido si reúne los caracteres que a la manifestación de voluntad anudan las definiciones antes transcritas. Habrá de obtenerse antes del primer envío de correos electrónicos que incluyan una cookie/pixel que permita el seguimiento de la navegación de los usuarios a efectos de publicidad comportamental. El otorgamiento del consentimiento presupone también que éste sea otorgado de una forma libre, sin sometimiento a ningún tipo de engaño, intimidación o coerción de ningún tipo, y por supuesto sin sufrir consecuencias negativas en el caso de no prestarlo. El consentimiento ha de ser específico, o concreto para determinada actividad de los prestadores de servicios en relación con determinadas cookies y sólo para las finalidades concretas que hayan sido especificadas. Es decir, el consentimiento se habrá otorgado, en su caso, para determinados datos y por motivos ciertos, sin que unos y otros puedan modificarse. Por tanto, la modificación de la cookie o la alteración de la finalidad pretendida con ella requerirán que se preste un nuevo consentimiento. Y si el consentimiento se ha prestado para una entidad, se deberá obtener un consentimiento adicional y separado si dicha entidad pretende ceder los datos a terceros. Y el consentimiento para la utilización en el equipo terminal del destinatario de las cookies será esencialmente revocable, lo que implica que podrá ser retirado en cualquier momento. Para ello deberá ofrecerse un medio sencillo y gratuito, mediante el cual pueda revocarse. Y finalmente habrá de ser informado, de forma que se haya facilitado al usuario información clara, comprensible y visible sobre el uso de las cookies y su finalidad, en los términos expuestos en la reiterada Guía sobre el uso de cookies.

Indica la consulta que el consentimiento se obtendría si el usuario hace click en un check box no premarcado por defecto en el formulario. Pues bien, dicho sistema de obtención del consentimiento es plenamente válido. Como indica el Documento de Trabajo 2/2013 del Grupo del art. 29 de 2 de octubre de 2013 en el que se ofrecen indicaciones para la obtención del consentimiento para el uso de cookies, el mecanismo de obtención del consentimiento se podrá realizar a través de una acción positiva, como haciendo click en un botón o marcando un check box no premarcado, tal y como se plantea por el consultante. Se trata de un sistema que, siempre que se cumplan los requisitos antedichos, y singularmente la información, es un medio lícito de obtención del consentimiento. Así, el Dictamen 15/2011 sobre definición de consentimiento, señala que *“Las manifestaciones expresas del consentimiento tales como un acuerdo firmado o manifestaciones escritas de la voluntad de llegar a un*



acuerdo son procedimientos o mecanismos adecuados para generar un consentimiento inequívoco. En principio, también proporcionan pruebas al responsable del tratamiento de que se ha obtenido el consentimiento". Precisamente en un ejemplo sobre cómo obtener el consentimiento en línea para adherirse a un programa de fidelidad indica el mismo Dictamen que "El sitio web de un hotel incluye un formulario de reserva que permite a los clientes reservar habitaciones por adelantado por vía electrónica. El formulario en línea en el que los clientes introducen las fechas de reserva y los datos de pago también incluye una casilla visible que deben marcar los clientes que desean que sus datos se utilicen para inscribirse en un programa de fidelidad. Marcar la casilla tras haber recibido la información pertinente constituye un consentimiento explícito e inequívoco, ya que la acción de marcar la casilla es suficientemente clara para no dejar lugar a dudas sobre el deseo de la persona de adherirse al programa de fidelidad".