

2. DERECHO MERCANTIL

Cookies y consentimiento

Cookies and consent

por

LAURA CABALLERO TRENADO

Profesora. Doctora. Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN: El Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) constituye toda una declaración de intenciones por parte del legislador europeo que, con su promulgación, ha optado por un estándar muy tuitivo en materia de protección de datos. No sucede así con la regulación de las *cookies*, una cuestión que no ha alcanzado un grado tan alto de armonización. En su navegación *online*, el usuario se ve impelido a soslayar su propia privacidad, al tener que aceptar *cookies* impuestas bien por el propio operador de la página en la que se encuentra o por terceros. ¿Implica esta declaración de voluntad una aceptación de la «oferta»? ¿Cómo ha de ser el consentimiento para que el tratamiento de la información recabada por las *cookies* sea válido? En el presente artículo se analiza la posición del TJUE sobre la cuestión del consentimiento en materia de *cookies* en el asunto C-673/17 (Sentencia EU:C:2019:801).

ABSTRACT: *The General Data Protection Regulation (hereinafter, GDPR) constitutes a declaration of intent on the part of the European legislator who, with its promulgation, has opted for an ultra conservative standard on data protection. This is not the case with the regulation of cookies, an issue that has not reached such a high degree of harmonization. In its online navigation, the user is forced to circumvent their own privacy, having to accept cookies imposed either by the operator of the page on which it is located or by third parties. Does this declaration of will imply acceptance of the offer? How should consent be for the treatment of the information collected by cookies to be valid? This article analyzes the position of the CJEU on the issue of consent on cookies in Case C-673/17 (EU Judgment: C: 2019: 801).*

PALABRAS CLAVE: Protección de datos. *Cookies*. Consentimiento. Privacidad. Armonización. Estándar.

KEY WORDS: *Data Protection. Cookies. Consent. Privacy. Harmonization. Standar.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA POSICIÓN DEL TJUE.—III. A PROPOSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE *COOKIES* Y CONSENTIMIENTO. EL ASUNTO 673/17. BREVE EXÉGESIS DEL CASO.—IV. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TJUE: 1. ASPECTOS NUCLEARES DE LA PROBLEMÁTICA. 2. ASPECTOS PROCESALES. 3. ASPECTOS SUSTANTIVOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el estándar de privacidad que ha elegido el legislador europeo es muy tuitivo, la casuística que presenta esta cuestión es ingente y representa un desafío constante. A ello se une el hecho de que la entrada en vigor del RGPD, en mayo de 2018, es relativamente reciente, lo que hace que sobre los jueces europeos recaiga la ardua tarea de interpretar y delimitar su alcance.

Este es, precisamente, el caso de las *cookies*. De hecho, para la doctrina consolidada, la regulación de las *cookies* no ha sufrido un nivel de armonización tan alto como otras cuestiones en materia de protección de datos¹.

En apretada síntesis, cabe recordar que una *cookie* es un pequeño archivo de texto digital que es enviado por un servidor de un sitio web a los ordenadores de los usuarios que visitan esos sitios web. La *cookie* queda almacenada en el navegador del usuario que ha realizado la visita de manera que el sitio web puede consultar la actividad previa del navegador y, de esta forma, conocer el comportamiento y visitas del usuario que utiliza el navegador².

Las *cookies* se suelen emplear para conocer información sobre los hábitos de navegación del usuario; a menudo, las *cookies* son publicitarias, en función de la información que recopilen, almacenen y el uso que de esa información se haga.

Hoy día, debido a que todos disponemos de dispositivos personales (*smartphones*, *tablets* y ordenadores personales) y a que estos están registrados e identificados de manera única, la información y datos que se generan cuando nos conectamos a Internet permite individualizar los datos y generar perfiles de usuarios y sus hábitos entrando en el terreno de los datos personales. Por todo ello, las *cookies* y otras tecnologías asimilables recopilan y tratan datos personales, y están sujetas al RGPD.

II. LA POSICIÓN DEL TJUE

En su interacción con las nuevas tecnologías, los usuarios pueden ver amenazada su privacidad. Y es aquí donde la labor hermenéutica del órgano jurisdiccional europeo se hace indispensable.

Son necesarias dos resoluciones en un mismo sentido emanadas de un mismo órgano jurisdiccional para que pueda hablarse de doctrina consolidada.

Aunque escasa (téngase en cuenta la proximidad de la promulgación del texto rector europeo sobre protección de datos), la doctrina jurisprudencial europea sobre el consentimiento es concluyente y puede afirmarse que, junto al presente caso objeto de estudio, es constante.

En este sentido, aunque el presupuesto fáctico era distinto, el 29 de julio de 2019 aclaró cómo y a quién debía el usuario dar el consentimiento cuando visitaba una página que tenía instalado un botón de *me gusta* perteneciente a la red social Facebook.

En efecto, en cumplimiento de una de sus principales funciones —la interpretación en un contexto de conflicto entre el Derecho europeo y el Derecho nacional—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvía en Sentencia de 29 de julio (*Case 40/17*) una cuestión prejudicial en la que se pronunciaba sobre la responsabilidad, la delimitación y el alcance del tratamiento de datos personales en el caso de los *likes*³.

En apretada síntesis, los hechos del caso eran los siguientes. Una tienda alemana de moda online llamada *Fashion ID* instaló en su *site* un *plug in* que

mostraba el módulo social *Me gusta* de *Facebook*. De este modo, la web detectaba la mera «entrada» del usuario en la web y enviaba tanto la dirección IP del usuario como la identificación de su navegador a la red social.

Y, tras esta visita, el usuario no se marchaba con las «manos vacías», puesto que *Facebook* le obsequiaba con unas cuantas *cookies* que inserta en su navegador, de manera que el sitio web podía consultar la actividad previa del navegador. Así, la red social detectaba no solo el número de *likes* sino, incluso, si el usuario estaba o no en ese momento en *Facebook*. En cualquier caso, todo el proceso se realizaba con independencia de que el usuario fuera miembro o no de la red social.

Los expertos aseguran que *Facebook* emplea unas doce *cookies*, una tecnología de almacenamiento sobre la que los propietarios de las redes sociales habían esgrimido hasta ahora su cualidad de temporal —información que expiraría al final de la sesión de navegación—, para soslayar cualquier responsabilidad, pero que tiene vocación de permanencia.

En el caso que comentamos, se da la circunstancia de que *Facebook* habría procedido a la instalación en el navegador del usuario de *datr* y *fr* que junto con *lu*, excepcionan la trasnochada excusa de la temporalidad, pues duran nada menos que hasta dos años.

Una asociación de consumidores de Alemania —la *NRW*— demandó a *Fashion ID* por transmitir a *Facebook* datos personales de usuarios sin su consentimiento.

En esencia, este es el relato fáctico que tienen que sustanciar los cinco magistrados del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de la ciudad alemana de Düsseldorf quienes, ante las dudas razonables que les surgen con relación a la interpretación del Derecho europeo, deciden elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE para que este aclare el asunto.

En total, la cuestión prejudicial giraba en torno a varias preguntas de naturaleza mixta. La primera, de naturaleza jurídico-procesal, se centraba en determinar si las entidades públicas de usuarios tienen legitimación activa para ejercitar acciones judiciales en defensa de los intereses de los perjudicados.

Hasta ahora, los propietarios de las redes sociales argumentaban en los tribunales que los usuarios no pagan y que, por lo tanto, no pueden tener la condición de «consumidor».

Una importante Resolución que guarda muchas similitudes con el presente caso del Tribunal de Gran Instancia de París, de 7 de agosto de 2018, que resuelve a favor de los consumidores al entender que, si bien los usuarios no pagan por el servicio, el uso de la plataforma [léase *Twitter*] no es gratuito, enerva la justificación de los propietarios de las redes sociales⁴.

Volviendo al caso de la tienda de moda *online* alemana y *Facebook*, cabe señalar que el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas acerca de si la Directiva 95/46 permite que las asociaciones de utilidad pública ejerciten acciones judiciales para defender los intereses de los perjudicados⁵.

En su opinión, el artículo 24 de esa Directiva no niega la capacidad procesal de las asociaciones, toda vez que, a tenor de este artículo, los Estados miembros adoptarán las «medidas adecuadas» para garantizar la plena aplicación de dicha Directiva. Este punto sobre la legitimación de la Asociación de consumidores alemana queda resuelto con pronunciamiento favorable a sus intereses por parte del TJUE⁶.

Y, despachada la cuestión procesal, el Alto Tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Según el TJUE, tanto *Fashion ID* como *Facebook* deben ser tenidas como corresponsables del tratamiento. Así, el órgano jurisdiccional europeo se inclina

por atribuir al administrador la obligación de informar tanto sobre su identidad como de la finalidad para la que recabará sus datos, así como de solicitar el consentimiento previo para la recogida y tratamiento de datos. En otras palabras, coloca a *Fashion ID* en la posición de responsable de tratamiento de datos con respecto a la recogida de estos.

Por lo anterior, según el TJUE a *Facebook* no le corresponde solicitar dicho consentimiento «en la medida en que es el hecho de que un visitante consulte ese sitio de Internet lo que desencadena el proceso de tratamiento de datos personales» y ello, por cuanto citando una de las conclusiones del Abogado General «no sería coherente con una protección eficaz y oportuna de los derechos del interesado que el consentimiento solamente se diera al corresponsable del tratamiento que interviene posteriormente, a saber, al proveedor de dicho módulo»⁷.

III. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE SOBRE *COOKIES* Y CONSENTIMIENTO. EL ASUNTO 673/17. BREVE EXÉGESIS DEL CASO

El Caso 673/17 tiene por objeto resolver una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán, mediante resolución de 5 de octubre de 2017, recibida en el TJUE el 30 de noviembre de 2017, por la que el órgano *a quo* solicita al Tribunal europeo que interprete el Derecho de la Unión relativo a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁸.

En concreto, esta solicitud tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, letra f), y 5, apartado 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 (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y con el artículo 6, apartado 1, letra a), del 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46 (Reglamento general de protección de datos).

La precitada petición se presenta en el contexto de un litigio entre la Federación de Organizaciones de Consumidores de Alemania y la mercantil *Planet49*, empresa que desarrolla juegos *online*, en relación con el consentimiento prestado por los participantes en un juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad con el que autorizaban la transmisión de sus datos personales a patrocinadores y empresas colaboradoras de dicha sociedad, el almacenamiento de información y el acceso a información almacenada en su equipo terminal.

En septiembre de 2013 la empresa alemana *Planet49* organizó un juego con fines promocionales a través de una página de Internet. Aquellos participantes que desearan intervenir tenían que introducir su código postal, tras lo cual accedían a una *site* en la que debían incluir su nombre y dirección postal. Debajo de los campos reservados para facilitar la dirección figuraban dos menciones acompañadas de casillas.

La primera mención, cuya casilla no estaba marcada por defecto, rezaba: «Presto mi consentimiento para que determinados patrocinadores y empresas colaboradoras puedan informarme por correo, teléfono, correo electrónico o SMS sobre ofertas de su respectivo ámbito de actividad. Yo mismo puedo determinarlos aquí, en caso contrario serán elegidos por el organizador. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento. Aquí puede obtener más información al respecto».

La segunda mención, cuya casilla estaba marcada por defecto, tenía la siguiente redacción: «Presto mi consentimiento para el uso del servicio de análisis de páginas web *Remintrex*. En consecuencia, el organizador del juego con fines promocionales, [*Planet49*], instalará *cookies* una vez me haya registrado para en el juego, lo que le permitirá analizar mi comportamiento de navegación y uso de páginas web de socios publicitarios y enviarme publicidad específica conforme a mis intereses a través de *Remintrex*. Puedo cancelar las *cookies* en cualquier momento. Aquí puede obtener más información».

Por lo tanto, la participación en el juego solo era posible si se marcaba, al menos, la primera casilla.

En el marco de un requerimiento que no recibió respuesta alguna, la Federación alegó que las declaraciones de consentimiento solicitadas por *Planet49* mediante las casillas primera y segunda no cumplían los requisitos exigidos por las disposiciones del artículo 307 del Código civil alemán, del artículo 7, apartado 2, punto 2, de la Ley de Defensa de la Competencia, de 3 de julio de 2004, en su versión aplicable al litigio principal, y de los artículos 12 y siguientes de la Ley federal alemana sobre protección de datos.

La Federación presentó una demanda ante el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort solicitando, sustancialmente, que se exigiese a *Planet49* que dejase de pedir tales declaraciones de consentimiento y que fuera condenada a pagarle la cantidad de 214 euros. El precitado órgano jurisdiccional estimó parcialmente dicha demanda, pero el fallo será recurrido por *Planet49*.

En su resolución de apelación, el Tribunal declarará que la pretensión de la Federación de que *Planet49* dejase de incluir en los contratos de juego con fines promocionales celebrados con los consumidores la segunda casilla carecía de fundamento, puesto que, por un lado, el usuario tenía conocimiento de la posibilidad de quitar la marca de dicha casilla, y, por otro lado, la referida mención presentaba una tipografía suficientemente clara y daba información sobre el modo de funcionamiento de las *cookies*. Considerará, asimismo, que no será necesario divulgar la identidad de los terceros que podían acceder a la información recabada.

La Federación de consumidores decide recurrir en casación y el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal considerará que la solución del litigio principal dependerá de la interpretación de las disposiciones de los artículos 5, apartado 3, y 2, letra f), de la Directiva 2002/58, del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46, y del artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679.

Al albergar dudas acerca de la validez, a la luz de estas disposiciones, de la obtención, por *Planet49* del consentimiento de los usuarios mediante la segunda casilla y sobre el alcance de la obligación de información prevista en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, el Alto Tribunal alemán decidirá suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

En concreto, el órgano *a quo* plantea al TJUE si existe un consentimiento válido en el sentido de los artículos 5, apartado 3, y 2, letra f), de la Directiva [2002/58], en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva [95/46], cuando

el almacenamiento de información o la obtención de acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal de un usuario se autoriza a través de una casilla ya marcada de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento.

Asimismo, pregunta sobre si en la aplicación de los artículos 5.2, letra f) y 5.3 de la Directiva [2002/58], en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva [95/46], implica alguna diferencia el hecho de que la información almacenada u obtenida se refiera a datos personales.

Del mismo modo, plantea el órgano *a quo* si en las circunstancias señaladas en la primera cuestión, letra a), existe un consentimiento válido en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento [2016/679].

Por último, pregunta qué información debe facilitar el proveedor de servicios al usuario para cumplir con la obligación de facilitar una información clara y completa establecida en el artículo 5.3 de la Directiva [2002/58] y si la misma incluye también el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas, así como la cuestión de si un tercero obtiene acceso a las mismas.

IV. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TJUE

1. ASPECTOS NUCLEARES DE LA PROBLEMÁTICA

En esencia, las cuestiones que conforman el núcleo de la *ratio decidendi* de la sentencia se circunscriben a aspectos de naturaleza jurídico-sustantiva.

En concreto, tras dirimir los cuerpos legislativos aplicables al caso, el Alto Tribunal europeo interpreta cómo debe ser el consentimiento otorgado por un usuario para aceptar o soslayar las *cookies*, así como el alcance del tratamiento de los datos que se han recabado de un usuario mediante el empleo de la técnica de instalación de esta tecnología de almacenamiento.

A continuación, se analiza la fundamentación jurídica de la sentencia desde una doble perspectiva procesal y sustantiva.

2. ASPECTOS PROCESALES

La única cuestión de índole procesal que se plantea en el caso es la legitimación de la condición de consumidores de la parte demandante que recurre en casación ante el Tribunal remitente de la cuestión prejudicial.

Con carácter previo se impone, pues, resolver el asunto de la legitimación activa de la actora pues, sin tal condición, se desactivaría el catálogo de derechos jurídico-procesales para accionar un procedimiento judicial.

¿Tienen, pues, los usuarios de una página que desarrolla juegos *online* con fines promocionales entidad de consumidores? Y, más aún, ¿ostenta la legitimación activa para instar un procedimiento judicial una asociación de consumidores?

Es preciso recordar que una constante de nuestros días es la reivindicación de la unidad de actuación, tanto de los «consumidores» como de otros colectivos⁹. Aisladamente, en palabras de algún autor, aquellos no son sino seres «desarmados»¹⁰, algo que se confirma en el desarrollo de las relaciones jurídicas en la sociedad actual.

Respecto de la primera cuestión, la Ley alemana otorga legitimación para poder ser parte de procesos civiles a los grupos de usuarios o consumidores

afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, ello sin perjuicio —como recuerda ROSILLO—¹¹ de que pueda litigarse de forma conjunta *ab initio* formando un litisconsorcio activo voluntario. Por lo tanto, estamos ante una lista cerrada, tasada. Doctrinalmente, se ha confirmado lo inconveniente de escoger esta opción¹².

En cualquier caso, el Alto Tribunal recuerda en el considerando 32 de la sentencia que la Federación de consumidores y usuarios alemana figura inscrita en la lista de entidades que gozan de legitimación activa con arreglo al artículo 4 de la Ley sobre Acciones de Cesación en Caso de Infracción del Derecho de Consumo o de Otras Infracciones, de 26 de noviembre de 2001.

Por lo tanto, la cuestión de la legitimación activa es indubitada. A este respecto, consideramos que, de no haber aplicado el derecho interno, podría haberlo hecho *per saltum* otorgando la precitada condición sobre la base legal del artículo 4 de la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a acciones de cesación en materia de protección de intereses de consumidores y, por lo tanto, salvando el inconveniente de una lista cerrada de derecho nacional y aplicando la legislación europea. No debe olvidarse, al fin y a la postre, que estamos ante un sistema multinivel y que la legislación europea en materia de derechos de consumidores está armonizada y goza de una naturaleza muy tuitiva.

Al respecto, como recuerda parte de la doctrina, el TJUE se ha pronunciado sobre la inaplicación de las normas de derecho interno para permitir la efectividad de la norma comunitaria cuando esta tuviera carácter esencial para el funcionamiento de la UE¹³.

En concreto, conforme a la normativa comunitaria europea, están legitimadas para ser parte de procesos civiles, en general, y para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los consumidores colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios las entidades habilitadas.

¿Y de qué entidades habilitadas hablamos? De forma periódica, la Comisión Europea debe publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un listado actualizado de entidades habilitadas, que se conforma con la información suministrada por las autoridades de los Estados miembros¹⁴.

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

En esencia, el TJUE se centra en el análisis del tratamiento de los datos que se han recabado de un usuario con el empleo de la técnica de instalación de *cookies* y ciñe su alcance, que queda condicionado a una declaración de voluntad otorgada válidamente.

El artículo 1261 del Código civil estipula que los tres elementos esenciales de todo contrato son, por este orden, consentimiento, objeto y causa; de todos ellos, el consentimiento es el más importante, por cuanto en el acuerdo de voluntades de los contratos descansa la obligatoriedad del contrato y de las obligaciones que de él nacen¹⁵.

Para que el consentimiento sea válido es necesario que las voluntades se hayan determinado libremente y de modo consciente y deliberado. Cuando no ocurre así, se dice que su consentimiento adolece de un vicio, el cual, cuando tiene la necesaria gravedad, puede producir la ineficacia del contrato, dando lugar a su anulabilidad¹⁶.

La declaración de voluntad es el acto de manifestar la voluntad de negocio, es decir, la conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido. Como acto (positivo), la declaración precisa de la voluntad encaminada a realizar la conducta externa, el comportamiento material, en el que tal declaración consiste (quien hace involuntariamente un signo que en el tráfico significa aceptación de una oferta, no manifiesta aceptar esta)¹⁷.

En esta tesis se alinea el TJUE en el Considerando 59 de la sentencia que comentamos, al afirmar que «en el caso de autos, en contra de lo que aduce *Planet49*, el hecho de que un usuario active el botón de participación en el juego con fines promocionales organizado por dicha sociedad no basta para considerar que el usuario ha dado de manera válida su consentimiento para la colocación de *cookies*».

Más aún. Para que se pueda recopilar y almacenar información a través de *cookies* de los terminales de los interesados es necesario que estos hayan sido informados clara y completamente de los datos que se recopilan, fines del tratamiento y demás requisitos del RGPD, así como que el responsable permita al interesado ejercitar sus derechos, en particular el derecho de oposición al tratamiento¹⁸.

Y ello, particularmente, en el caso de *cookies* publicitarias, por cuanto el consentimiento es la base fundamental de su licitud, debiendo este ser previo y conforme al Reglamento.

Así opina el Alto Tribunal europeo, cuando sostiene que la interpretación de la insuficiencia de la activación por parte del usuario del botón con el fin de participar en el juego con fines promocionales organizado por *Planet49* para dar por válido su consentimiento «se impone, con mayor motivo, a la luz del Reglamento 2016/679»¹⁹.

Para el órgano jurisdiccional europeo, en lo que concierne al tenor del artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, procede señalar que, si bien esta disposición establece expresamente que el usuario debe haber «dado su consentimiento» a la colocación de *cookies* en su equipo terminal y a la consulta de estas, la referida disposición no contiene, en cambio, indicación alguna sobre el modo en que debe darse dicho consentimiento.

No obstante, los términos «dado su consentimiento» se prestan a una interpretación literal, según la cual se precisa una acción del usuario para que este exprese su consentimiento. A este respecto, del considerando 17 de la Directiva 2002/58 se desprende que, a efectos de esta Directiva, el consentimiento de un usuario podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo, «mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet»²⁰.

Esta selección implica una actitud proactiva por parte del usuario. De hecho, el precepto 5.3 de la Directiva precitada impone una obligación sobre el operador que coloca una *cookie* en el ordenador del usuario de obtener el previo consentimiento, lo que implica: i) informar al interesado sobre la colocación y fines de *cookies*; ii) una vez suministrada esta información al usuario, este debe consentir antes de que se coloque la *cookie* en su ordenador; no después ni simultáneamente, y iii) el interesado debe tener la opción de dar o no el consentimiento y, en caso de que lo conceda, debe hacerlo de manera proactiva.

Pero esta exigencia de una actitud proactiva por parte del usuario no siempre es posible. Ocurre, por ejemplo, que a veces el internauta no ve la información que se acompaña en la casilla premarcada. ¿Qué grado de diligencia es entonces exigible? Entendemos que estaríamos ante la diligencia que marca el artículo 1104 del Código civil.

No faltan voces desde la doctrina consolidada del sector del Derecho de consumo que abogan por «una reforma del derecho contractual» como medida inmediata para acabar con la incertidumbre que genera esta materia y la consecuente seguridad jurídica que acarrea, un asunto especialmente preocupante en el caso de aquellas cláusulas mediante las que los proveedores de servicios se reservan el derecho de almacenar datos por ellos mismos o en empresas *partners* de otros países²¹.

Cabe señalar que si la doctrina *iusprivatista* se inclina por la ineficacia como remedio jurídico para invalidar el consentimiento informado otorgado mediante una casilla premarcada, para la doctrina civilista podríamos estar ante un vicio del consentimiento producido por un error.

Específicamente, en línea con las voces más consolidadas, nos inclinamos por el error impropio u obstativo, que afecta a la declaración de voluntad y que tiene lugar cuando el usuario «queriendo declarar una cosa, declara equivocadamente otra»²².

En relación a la cuestión del «almacenamiento de información» y a la «obtención de acceso a la información ya almacenada», tras prevenir en su *ratio decidendi* que la Directiva no califica dicha información ni precisa si esta ha de consistir en datos personales, el órgano jurisdiccional señala que, con esta disposición, se pretende proteger al usuario de la injerencia en su esfera privada, independientemente de que dicha injerencia afecte a datos personales o de otro tipo.

Para el TJUE, esta interpretación queda corroborada por el considerando 24 de la Directiva 2002/58, con arreglo al cual toda información almacenada en el equipo terminal de los usuarios de una red de comunicaciones electrónicas forma parte de la esfera privada de los usuarios, que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta protección se aplica a toda información almacenada en dicho equipo, con independencia de si se trata de datos personales o no, y tiene como finalidad, en particular, según se desprende de ese mismo considerando, proteger a los usuarios contra el riesgo de que identificadores ocultos u otros dispositivos similares puedan introducirse en el equipo terminal del usuario sin su conocimiento²³.

De este modo, concluye que no deben interpretarse de manera diferente en función de que la información almacenada o consultada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet sean o no datos personales en el sentido de la Directiva 95/46 y del Reglamento 2016/679²⁴.

Tras perfilar cómo debe ser el consentimiento que otorgue el usuario para que este sea válido, la labor hermenéutica del órgano jurisdiccional europeo prosigue con la finalidad de aclarar dos cuestiones. En primer término, si la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas. En segundo lugar, si existe la posibilidad de que terceros tengan acceso a aquellas.

Para el TJUE, las *cookies* que instala *Planet49* tienen como finalidad recabar información con fines publicitarios para productos de empresas colaboradoras. Por lo tanto, la información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas forma parte de la información clara y completa que debe facilitarse al usuario de conformidad con el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58.

Este deber de información por parte de los proveedores de servicios de la sociedad de la información tanto del objeto como del fin y del tiempo durante el cual las *cookies* permanecerán activas se justifica tanto por la complejidad de la

naturaleza técnica de aquellas como por la situación de partida de «desequilibrio subjetivo», por lo que deviene necesario tutelar la confianza legítima que una parte deposita en la otra, al objeto de corregirlo²⁵.

En la Sentencia que se comenta, los jueces europeos subrayan que el artículo 10 de la Directiva 95/46, a la que se hace referencia en el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, así como el artículo 13 del Reglamento 2016/679 enumeran las indicaciones que el responsable del tratamiento debe facilitar a la persona cuyos datos recaba.

Por lo tanto, el Tribunal europeo recuerda que, en virtud del artículo 10 de la Directiva 95/46, estas indicaciones incluyen, en particular, además de la identidad del responsable del tratamiento y de los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos, cualquier otra información tal como los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos, en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se hayan obtenido los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado.

En este sentido, para el órgano jurisdiccional «si bien el tiempo durante el cual se va a proceder al tratamiento de los datos no se halla entre dichas indicaciones, de la expresión “por lo menos” que figura en el precepto 10 de la Directiva 95/46 resulta, no obstante, que esta enumeración no es exhaustiva», por lo que —aclara— «debe considerarse que la información relativa al tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas responde a la exigencia, establecida en dicho artículo, de que el tratamiento de los datos sea leal, puesto que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, un periodo de tiempo largo, o incluso ilimitado, implica la recogida de numerosos datos sobre los hábitos de navegación y la frecuencia de las eventuales visitas del usuario a los sitios de los socios publicitarios del organizador del juego con fines promocionales»²⁶.

El tratamiento de datos leal y transparente —recuerda el Alto Tribunal— es una interpretación que «queda corroborada por el artículo 13, apartado 2, letra a), del Reglamento 2016/679, que prevé que, para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente, el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado información, entre otras cosas, sobre el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, sobre los criterios utilizados para determinar este plazo»²⁷.

En lo que respecta a la posibilidad de que terceros puedan acceder a las *cookies*, los jueces recuerdan que se trata de una información comprendida en las indicaciones mencionadas en el artículo 10, letra c), de la Directiva 95/46 y en el artículo 13, apartado 1, letra e), del Reglamento 2016/679, dado que ambos preceptos contienen una lista de los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos.

Y, a tenor de lo anterior, para el Tribunal europeo el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58 debe interpretarse en el sentido de que la información que el proveedor de servicios debe facilitar al usuario de un sitio de Internet incluye el tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a aquellas.

V. CONCLUSIONES

I. El tratamiento de datos personales que realizan los prestadores de servicios de la sociedad de la información es una cuestión que suscita una enorme

incertidumbre. La promulgación del RGPD por el legislador europeo constituye una apuesta decidida por un patrón tuitivo elevado en esta materia. Ahora bien, los sistemas de captación de información de los usuarios a través de *cookies* se han sofisticado.

El empleo de diversos mecanismos de captación de datos que no parecen estar a la altura de algunas exigencias legales se verifica cuando el usuario recibe, por ejemplo, publicidad comportamental, lo que acaece cuando se ha efectuado un tratamiento de sus datos distinto al fin para el que se registró en una página web o se dio de alta en una página de una red social. En este sentido, «*privacy intrusions are not abstract*» —como recuerda Mills en el prefacio de su obra *Privacy. The Lost Right*—²⁸.

II. En este contexto, es clave la labor hermenéutica del TJUE, al objeto de interpretar y delimitar cómo debe ser el consentimiento que otorgue el usuario, al objeto de que este pueda considerarse válido, puesto que la casuística sobre este particular desborda el ámbito puramente normativo.

En concreto, para el TJUE, el consentimiento otorgado por un internauta debe ser activo, es decir, es necesario que sea fruto de una acción libre, clara, específica, informada e inequívoca.

III. Atrás queda definitivamente la ambigüedad que dejaba en el aire el tenor literal del artículo 14 del RPD, que admitía el consentimiento tácito, con lo que una casilla marcada por defecto equivalía a la validación del consentimiento, con la consecuente inseguridad jurídica que se generaba. Y, también, el argumento trasnochado de los proveedores de la temporalidad del almacenamiento para soslayar obligaciones legales.

IV. En el asunto *Planet49* el Tribunal confirma que ese tipo de casillas no son eficaces para prestar el consentimiento en materia de tratamiento de datos personales, que conforme al RGPD requiere una manifestación de voluntad «libre, específica, informada e inequívoca» (considerandos 61 y 62 de la sentencia), por lo que la desactivación de la casilla premarcada es insuficiente para validar el consentimiento informado, al no poder descartarse que el usuario «no haya leído la información que acompaña a la casilla marcada por defecto, o que ni tan siquiera la haya visto, antes de proseguir con su actividad en el sitio de Internet que visita»²⁹.

Los jueces europeos también se pronuncian sobre dos cuestiones que revisten una importancia clave en esta materia. De un lado, sobre el acceso a información almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de *cookies*, aspecto sobre el que es de aplicación el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58, incluso cuando esa información no afecte a datos personales *stricto sensu*, puesto que el precitado instrumento normativo «protege toda información almacenada en el equipo terminal de los usuarios como parte de su esfera privada»³⁰.

De otro, recuerdan la exigencia que tienen los proveedores de servicios de la sociedad de la información de proporcionar información que permita al usuario «determinar fácilmente las consecuencias de cualquier consentimiento que pueda dar y garantizar que dicho consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa». Además, la información «debe ser claramente comprensible y suficientemente detallada para que el usuario pueda comprender el funcionamiento de las *cookies* empleadas»³¹.

Por ello, puntualiza que cuando las *cookies* están destinadas a recabar información con fines publicitarios para productos de empresas colaboradoras de quien las instala, para que la información suministrada sea considerada «clara

y completa» debe incluir, entre otros aspectos, «información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan acceso a ellas»³².

V. Esta sentencia consolida la doctrina jurisprudencial europea (es la segunda resolución emitida por el TJUE en un mismo sentido sobre este particular) acerca de cómo debe ser el consentimiento en materia de *cookies*, toda vez que la interpretación del artículo 13 del RGPD (relativo a la información que debe facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado) queda robustecida.

Y se erige como un referente hermenéutico (no es casual que el Tribunal se pronuncie mediante sentencia de Gran Sala) de cara a perfilar la información que debe darse en el marco del precepto 5.3 de la Directiva 2002/58, a la par que anticipa una armonización más alta en esta materia, lo que pasa por posibilitar la acreditación en el futuro del cumplimiento efectivo de las obligaciones de los prestadores de servicios, una cuestión fundamental.

Ello puede producirse seguramente cuando tenga lugar la promulgación del Reglamento *ePrivacy* (hecho que estaba previsto en mayo de 2018, junto a la entrada en vigor del RGPD, pero que finalmente no se hizo efectivo), que cristalizaría en un segundo paso en la armonización y coherencia que tanto urge en el sector de las comunicaciones electrónicas en Europa y que contribuiría a proteger la privacidad de las comunicaciones electrónicas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M. (2013). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (1999). *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas.
- DE LA OLIVA, A. (2012). *Curso de derecho procesal civil I: parte general*. Madrid: Editorial universitaria. Ramón Areces.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Pamplona: Aranzadi, Thomson Reuters, Civitas.
- MILLS, J. (2008). *Privacy. The Lost Right*. New York: Oxford University Press.
- ORTEGA RUIZ, M. (2018). *El Reglamento General de Protección de Datos fácil*. Colección nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Siglo XXI Legal.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- REBOLLO DELGADO, L. (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica—*. Madrid: Reus.
- ROSILLO FAIRÉN, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2016). *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- STIGLITZ, G. (1991). *El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- VICENT CHULIÁ, F. (2000). Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial. *Revista General de Derecho*, 56 (663).

NOTAS

- ¹ ORTEGA RUIZ, M. (2018). *El Reglamento General de Protección de Datos fácil*. Colección nuevas tecnologías. Madrid: Editorial Siglo XXI Legal, 167-175.
- ² *Ibidem*.
- ³ Asunto *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629.
- ⁴ Sentencia 14/07300 del *Tribunal de Grande Instance de Paris*, de 7 de agosto de 2018.
- ⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (apdo. 35).
- ⁶ Asunto *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629, apdo. 35.
- ⁷ Asunto *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629, apdo. 102.
- ⁸ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801).
- ⁹ ROSILLO FAIRÉN, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: La Ley, 497.
- ¹⁰ STIGLITZ, G. (1991). *El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1.274.
- ¹¹ *Artículo Cit*.
- ¹² VICENT CHULIÁ, F. (2000). Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial. *Revista General de Derecho*, 56, 6.153.
- ¹³ Por ejemplo, PÉREZ: 2018. PÉREZ DAUDÍ, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier, 44.
- ¹⁴ DE LA OLIVA, A. (2012). *Curso de derecho procesal civil I: parte general*. Madrid: Editorial universitaria. Ramón Areces, 408.
- ¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2016). *Curso de derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 145.
- ¹⁶ *Ibidem*.
- ¹⁷ ALBADALEJO, M. (2013). *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer, 545.
- ¹⁸ *Op. cit*.
- ¹⁹ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 60.
- ²⁰ *Ibidem*.
- ²¹ REBOLLO DELGADO, L. (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica—*. Madrid: Reus, 282.
- ²² DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. Pamplona: Aranzadi, Thomson Reuters, Civitas, 149 y 172-183.
- ²³ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 70.
- ²⁴ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 71.
- ²⁵ CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. (1999). *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 278.
- ²⁶ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 78.
- ²⁷ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 79.
- ²⁸ MILLS, J. (2008). *Privacy. The Lost Right*. New York: Oxford University Press, 11.
- ²⁹ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 55.
- ³⁰ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 70.
- ³¹ Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 74.
- ³² Asunto C-673/17 (Sentencia de Gran Sala EU:C:2019:801), apdo. 75.