



JOAQUÍN
ABAJO

Abogado Derecho Digital y TMT
H&A IP



La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha publicado recientemente una Guía sobre el uso de cookies para facilitar el cumplimiento de las nuevas exigencias legales por los proveedores de servicios de la sociedad de la información.

Las cookies son ciertos dispositivos que permiten almacenar y recuperar datos cedidos por los usuarios a través de sus equipos. Por tanto, mediante una cookie pueden llegar a tratarse datos personales.

Hablamos de supuestos en los que un usuario que navega por Internet introduce un nombre o una dirección de correo electrónico, para poder acceder a los servicios que ofrece un sitio web o aplicación. Al hacerlo, se instala una o varias cookies en su ordenador que almacenan los datos del usuario, de manera que la próxima vez que acceda a este mismo sitio, no tendrá que volver a introducirlos.

Esta especie de «recordatorios» constituye uno de los métodos más empleados en la publicidad online, cuyas cifras subieron un 9,1% en 2018, dados los beneficios y comodidades que reportan a los consumidores, al permitirles conocer toda información sobre los productos que desean, y adquirirlos de forma rápida y sencilla.

Obligación de informar

En este marco, la AEPD ha considerado prioritario el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y de obtención del consentimiento que el legislador impone a las empresas que ofrecen sus servicios en la red, proporcionando pautas y consejos para ayudar a las mismas en esta laboriosa

Nueva guía de las 'galletas con memoria'



La AEPD ha considerado prioritario el cumplimiento de las obligaciones de transparencia y de obtención del consentimiento que el legislador impone



La justificación de que el consentimiento ha sido otorgado correctamente vendrá dada por la conducta del usuario



tarea, y para hacerles conscientes de su nivel de responsabilidad cuando utilicen cookies, que dependerá de su grado de implicación en el tratamiento concreto.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) sostiene que siempre que se traten datos personales a través de una cookie, se debe informar al usuario, y aclara en su artículo 22.2, los supuestos en los que no habría obligación de recabar el consentimiento del interesado a tal efecto. Quedarían fuera de esta obligación las cookies destinadas únicamente a permitir la comunicación entre un usuario y la red, o a prestar un servicio solicitado por el usuario. El consentimiento debe ser otorgado de modo libre e informado para ser válido, por lo que debe existir una mínima certeza de que el usuario conocía las condiciones y consecuencias de su consentimiento, y de que su voluntad no era otra que la de otorgarlo y debe poder ser revocado con la misma facilidad con la que se concedió.

La justificación de que el consentimiento ha sido otorgado correctamente vendrá dada por la conducta

del usuario, debiendo este llevar a cabo una acción positiva, como aceptar o denegar el consentimiento –en el caso de que sea expreso–, o continuar navegando por el sitio web, si es tácito. Una vez otorgado, no será necesario volver a prestarlo cada vez que el usuario visite la web, salvo si las finalidades para las que fue recogido cambian, ya que las condiciones aceptadas por el usuario serán diferentes. La AEPD recomienda que el consentimiento no tenga una duración superior a los dos años. Aunque no exista obligación de recabar el consentimiento, siempre es recomendable informar al usuario de la utilización de cookies en el sitio web, en aras de la transparencia.

Información y art. 13 RGPD

Esta obligación está relacionada con el artículo 13 del Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD), que regula la información que debe facilitarse al usuario en relación con el tratamiento de sus datos recabados a través de las cookies. Dicha información es la siguiente:

- ¿Qué? Una definición de lo que son las cookies y para qué sirven.

- ¿Cuáles y por qué? Las cookies que se utilizan en la web y sus tipos.
- ¿Por qué? Las finalidades.
- ¿Cómo? El modo de aceptar o denegar las cookies o de eliminarlas en el futuro.
- ¿Quién? El sujeto o sujetos que van a tratar la información.
- ¿Cuándo? El plazo durante el cual se van a conservar los datos.
- ¿Dónde? Si se van a realizar transferencias internacionales de datos.
- En su caso, la elaboración de perfiles y sus consecuencias para el interesado.

El principio de transparencia incluye la información que debe proporcionarse y la forma en que debe hacerse, teniendo en cuenta los destinatarios de esta y su nivel de conocimiento, para que sea fácilmente comprensible y accesible para todos.

Como en el pasado, la AEPD y el GT29 aconsejan proporcionar esta información por capas o niveles: una primera capa que incluya los datos más básicos –responsable, finalidades, tipo de cookies utilizadas, tipo de datos tratados, configuración de las cookies

y enlace a la segunda capa–, y que figurará en el llamado *Pop-up*, y una segunda que recopile toda la información anteriormente mencionada (la Política de Cookies completa).

Como conclusión, la AEPD ha reflejado una vez más la importancia del deber de información, no sólo en el documento de privacidad y protección de datos, sino también en relación con el uso de cookies. En H&A consideramos que se debe ser aún más estrictos en la redacción de este documento para informar a los usuarios del modo más completo posible.



JUAN
PASCUAL

Abogado de Andersen Tax & Legal



En los últimos años hemos asistido a un constante ir y venir de resoluciones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de protección de datos que, fundamentalmente, traen causa en las revisiones extraordinarias efectuadas por la Gran Sala de las sentencias dictadas por las distintas secciones del Tribunal.

El 9 de enero de 2018 el TEDH dictó la Sentencia *López Ribalda and others versus Spain* («López Ribalda I») en la que se concluía que las demandantes tenían derecho a ser informadas «previamente de modo expreso, preciso e inequívoco» de «la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información».

Sin embargo, el pasado 17 de octubre de 2019 la Gran Sala del TEDH dictó nuevamente Sentencia en el caso *López Ribalda and others versus Spain* (*López Ribalda II*) en la que rectificó su criterio, considerando que los tribunales españoles realizaron una ponderación adecuada entre el derecho de las recurrentes a la protección de sus datos y el interés del empresario en proteger su patrimonio. Así, la Gran

'López Ribalda II': cámaras ocultas, ¿es posible su utilización?

El problema de la grabación oculta radica en las consecuencias que conllevaría la inobservancia absoluta del deber de información



'López Ribalda II' abogaría por la licitud de las cámaras ocultas en ciertos casos excepcionales



Sala postuló que la falta de información previa sobre la existencia de las cámaras ocultas, estaba justificada por las razonables sospechas de que se estaban cometiendo graves irregularidades.

Alcance del derecho de información de los trabajadores

Esta resolución es muy relevante para tratar una de las cuestiones más controvertidas y analizadas por la doctrina judicial y científica: el alcance del derecho de información de los trabajadores, y consiguiente obligación laboral en el ámbito de la video-vigilancia laboral.

El problema de la grabación oculta radica en las consecuencias que conllevaría la inobservancia absoluta del deber de información. El respeto de este deber en términos absolutos –especialmente en los supuestos en los que se haya constatado el acaci-

miento de actos ilícitos, o incluso que existan sospechas fundadas sobre su autoría–, supondría la eliminación de toda eficacia de mecanismos como las cámaras ocultas, y cuya problemática se ha planteado en otros órdenes jurisdiccionales.

Es por este motivo, por lo que *López Ribalda II* supone un giro radical sobre el criterio previamente sentado por el TEDH, puesto que estaría permitiendo la utilización de cámaras ocultas temporales –omitiendo el deber de información– siempre que existan sospechas razonables.

Sin embargo, a pesar de dicho pronunciamiento, conforme a nuestro ordenamiento jurídico interno, parece que la utilización de cámaras ocultas no estaría permitida. Ello sería así, por los siguientes razonamientos:

- a. El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado en reiteradas ocasiones que el deber de información forma-

ría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos.

- b. El legislador nacional habría querido que, al menos, el deber de información quede cumplimentado con el distintivo informativo previsto en el art. 22 –apartado 4– de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).

- c. El caso *López Ribalda II* interpreta –por ser la norma vigente en el momento que acontecieron los hechos– la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal –y no la actual–.

Consiguientemente, los operadores jurídicos volverían a estar en una situación de inseguridad jurídica pues mientras que TC y la LOPD serían claros sobre la imposibilidad de prescindir

del deber de información. Por su parte, *López Ribalda II* abogaría por la licitud de las cámaras ocultas en ciertos casos excepcionales. Por lo que en este contexto de inseguridad, no sería descartable que el legislador valorase la revisión de la LOPD.

Voto particular de tres magistrados

Finalmente, reviste especial interés el voto particular formulado por tres magistrados del TEDH en *López Ribalda II*, que señala que para omitir el deber de información sería necesario que un tercero –por ejemplo, un órgano judicial– comprobase la existencia real de esos «indicios de un incumplimiento grave» para evitar: (i) investigaciones arbitrarias; y, (ii) que el empleador tenga que justificar la medida de investigación implementada, después de haber llevado a cabo un acto que pueda conllevar la violación de un derecho fundamental.

Opción que podría presentarse como la más garantista para todas las partes dado que potencialmente dotaría de mayor seguridad jurídica a la enorme casuística existente. Ello sin perjuicio, de las eventuales dificultades que esta alternativa pudiera encontrar en su implementación práctica o material, al someterse a autorización judicial la implantación de cámaras ocultas –con carácter previo a su instalación– en atención a unas sospechas razonables que deberían ser susceptibles de ser probadas o acreditadas.