

Procedimiento N°: A/00105/2018

RESOLUCIÓN: R/00820/2018

En el procedimiento A/00105/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 3/10/2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que manifiesta que las páginas web www.cerrajerosalaveses.com y www.vitoriacerrajeros.es instalan dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (DARD o cookies en lo sucesivo), incumpliendo las obligaciones de información y consentimiento que establece la LSSI.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. En fecha de 29/12/2017 se accede a las páginas web www.cerrajerosalaveses.com y www.vitoriacerrajeros.es y se verifica lo siguiente:

1.1 Descargan DARD de terceros de carácter persistente con finalidad de analítica web sin ofrecer información al usuario.

1.2 En el sitio web www.vitoriacerrajeros.es se establece como domicilio: *****DOMICILIO.1** (domicilio 1 en adelante).

2. Consultadas los registros de titularidad de dominios se verifica que están registrados a nombre de **B.B.B.** (el denunciado en lo sucesivo).

3. Consultada la información mercantil en el sitio web [axesor](http://axesor.es) que muestra información sobre empresas y autónomos figura el denunciado, identificado con NIF: *****NIF.1** y domicilio en *****DOMICILIO.2** (domicilio 2 en adelante) y Teléfono: *****TLF.1**.

4. En fecha de 3/01/2018 se solicita información al denunciando respecto del uso de DARD en las páginas web cuya titularidad consta a su nombre, mediante notificación dirigida al domicilio 1, realizándose dos intentos de fecha 12 y 17 de enero de 2018, figurando caducados por no retirarse el aviso en la Oficina de Correos.

5. En fecha de 6/02/2018, se solicita información al denunciando respecto del uso de DARD en las páginas web cuya titularidad consta a su nombre mediante notificación dirigida al domicilio 2, realizándose dos intentos de fecha 15 y 20 de febrero de 2018, figurando caducados por no retirarse el aviso en la Oficina de Corres.

TERCERO: Con fecha 15/03/2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00105/2018 a **B.B.B.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 22.2, tipificada como leve en el artículo 38.4 g). La notificación del citado acuerdo de Audiencia Previa se intentó por dos veces en el domicilio del denunciado, figurando el primer intento como ausente y el segundo como desconocido.

CUARTO: De las actuaciones practicadas han resultado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

UNO.-En fecha de 29/12/2017 se accede a las páginas web www.cerrajerosalaveses.com y www.vitoriacerrajeros.es y se verifica que se descargan DARD de terceros de carácter persistente con finalidad de analítica web sin ofrecer información al usuario. En el sitio web www.vitoriacerrajeros.es se establece como domicilio: *****DOMICILIO.1** (domicilio 1 en adelante).

DOS.-Consultadas los registros de titularidad de dominios se verifica que están registrados a nombre de **B.B.B.**.

TRES.-Consultada la información mercantil en el sitio web que muestra información sobre empresas y autónomos figura el denunciado, identificado con NIF: *****NIF.1** y domicilio en *****DOMICILIO.2** y Teléfono: *****TLF.1**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 43.1 párrafo segundo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI) la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercibimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

En el presente caso, se atribuye a **B.B.B.** la comisión de una infracción del artículo

22.2 de la LSSI que dispone: *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 citado artículo 22.2 de la LSSI extiende su alcance a todos los tipos de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos utilizados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información en cualesquiera equipos terminales de los destinatarios de dichos servicios, lo que incluye no sólo las cookies, que son archivos o ficheros de uso generalizado que permiten almacenar datos en dichos equipos con diferentes finalidades, sino también cualquier otra tecnología similar utilizada para almacenar información o acceder a información almacenada en el equipo terminal.

No hay que olvidar que en muchos casos los usuarios que utilizan los servicios de Internet desconocen que el acceso a los mismos puede conllevar la instalación de ficheros o archivos en sus equipos terminales, y que al ser recuperados con la información almacenada en los mismos permiten no sólo mejorar la navegación y prestar correctamente el servicio solicitado sino que también posibilitan, con las implicaciones para la privacidad de los usuarios que ello supone, la recogida actualizada y continuada de datos relacionados con sus equipos y perfiles de navegación, que posteriormente podrán ser utilizados por los responsables de los sitios web a los que se accede, o por los terceros, para analizar su comportamiento y para el envío de publicidad basada en el mismo o como medio para el desarrollo de otros productos y servicios concretos.

Por lo tanto, para garantizar la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados, que con mayor frecuencia recurren a Internet para la realización de sus actividades cotidianas, la regulación comunitaria y nacional establece la obtención de un consentimiento informado con el fin de asegurar que éstos puedan conocer del uso de sus datos y las finalidades para las que son utilizados.

III

El Anexo de la LSSI define en su apartado c) al prestador de servicios como la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. Y por servicio de la sociedad de la información el apartado a) entiende “*todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*”

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4.º El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5.º El suministro de información por vía telemática.*

En el presente caso ha de considerarse Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información a **B.B.B.**, como responsable de las páginas web objeto de denuncia y por tanto se sitúa bajo las obligaciones y el régimen sancionador de la LSSI.

De acuerdo con la redacción del artículo 22.2 de la LSSI y el sentido legal de los conceptos empleados en el mismo, el prestador de servicios de la sociedad de la información podrá utilizar los referidos dispositivos para almacenar y recuperar datos del equipo terminal de una persona física o jurídica que utilice, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información, ello a condición de que el destinatario haya dado su consentimiento una vez que se le haya facilitado información clara y completa sobre su utilización.

No obstante, y aunque pudieran afectar al tratamiento de datos en las comunicaciones electrónicas, el tercer párrafo del reseñado artículo introduce determinadas exenciones al cumplimiento de las exigencias fijadas en dicho precepto, siempre y cuando todas y cada una de las finalidades para las que se utilicen las cookies estén individualmente exentas del deber de informar y obtener el consentimiento sobre su uso.

La primera exención requiere que la utilización de las cookies tenga como único fin permitir la comunicación entre el equipo del usuario y la red. La segunda exención requiere que la instalación de las cookies sea necesaria para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el usuario.

IV

En el presente caso, ha resultado probado que el denunciado a través de las páginas web objeto de denuncia instala DARD, entre otros, de terceros de carácter persistente con finalidad de analítica web y publicitarias.

Es decir, DARD no exentos del deber de obtener el consentimiento del usuario con carácter previo a su instalación, en definitiva el sitio web en la prueba realizada en fecha de 29/12/2017 no ofrecía información respecto de la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos que cumpliera con el mandato del art. 22.2 de la LSSI y así poder obtener un consentimiento informado.

La conducta descrita está tipificada como leve en el artículo 38.4.g) de la citada norma, que señala como tal *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.*

Por lo tanto se requiere al denunciado como responsable (Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información) de las citadas páginas web la adopción de medidas para la adecuación a la normativa citada, es decir, la obtención de un consentimiento informado para el uso de DARD.

V

El artículo 39 bis apartado 2 de la LSSI, bajo el epígrafe “*Moderación de las sanciones*”, estipula lo siguiente:

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis.

VI

En el art. 39 bis 2 de la LSSI, se advierte de que las medidas requeridas deberán adoptarse por el denunciado y comunicarlas, con la advertencia que de no hacerlo procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO.- APERCIBIR (A/00105/2017) a B.B.B. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 22.2 de la citada norma, tipificado como leve en su artículo 38.4. g).

SEGUNDO.- REQUERIR a B.B.B. de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 bis 2 de la LSSI, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1 CUMPLA lo previsto en el artículo 22.2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a configurar el sitio web de su titularidad de modo que no instale dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, sin la información necesaria para dar cumplimiento al citado precepto.

2.2 INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

Se advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, podría incurrir en infracción tipificada en el artículo 44 de la LOPD y sancionable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente Resolución a **B.B.B.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos