



Procedimiento nº.: PS/00082/2017

**ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00749/2017**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **FACEBOOK, INC.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00082/2017, y en base a los siguientes,

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 21 de agosto de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00082/2017, en la que se disponía:

*<<PRIMERO: IMPONER a la entidad FACEBOOK, INC. multa de trescientos mil euros (300.000 €), por la infracción del artículo 6.1, en relación con el artículo 5 y el artículo 4, apartados 1 y 2, todos de la LOPD [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en adelante LOPD]; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD y de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la LOPD.*

*SEGUNDO: IMPONER a la entidad FACEBOOK, INC. multa de seiscientos mil euros (600.000 €), por la infracción del artículo 7, en relación con el artículo 5 y el artículo 4, apartados 1 y 2, todos de la LOPD; infracción tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de la LOPD y de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la LOPD y*

*TERCERO: IMPONER a la entidad FACEBOOK, INC. una multa de trescientos mil euros (300.000 €), por la infracción del artículo 4.5, en relación con el artículo 16, ambos de la LOPD; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la LOPD y de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la LOPD>>.*

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 21 de agosto de 2017, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RLOPD).

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00082/2017, quedó constancia de los siguientes:

*<<PRIMERO: Que la Inspección de Datos de esta Agencia Española de Protección de Datos ha constatado que al acceder a FACEBOOK, a través de su página inicial en la dirección <https://es-es.facebook.com>, se muestra la opción de iniciar sesión o de registrarse como nuevo usuario (punto 1.2.1 del Informe de la Inspección), para lo que se despliega un formulario que recoge los siguientes datos personales: nombre y apellidos, número de teléfono móvil o correo electrónico, fecha de nacimiento y sexo, con dos opciones mujer u hombre (folios 30, 31, 155 a 170, 828 y 829).*

SEGUNDO: Que debajo del formulario detallado en el punto anterior hay una leyenda, en un tipo de letra de tamaño inferior y sin destacar, que dice que: “Al hacer clic en Terminado, aceptas nuestras Condiciones y reconoces haber leído nuestra Política de datos, incluido nuestro Uso de cookies. Es posible que recibas notificaciones de Facebook por SMS, pero puedes desactivarlas en cualquier momento”; apareciendo las palabras subrayadas en un color distinto, azul, y no en negrilla, y siendo enlaces a las páginas que contienen las condiciones de servicio, la política de privacidad, denominada “Política de datos”, así como la denominada “Uso de cookies” (folios 31 y 159).

TERCERO: Que, debajo de este párrafo, destacado y en un tipo de letra mucho mayor, aparece un botón en fondo verde etiquetado como “Terminado”; sin que sea obligatorio acceder a la política de privacidad (“Política de datos”) para continuar el proceso de registro (folios 31 y 159).

CUARTO: Que, durante este proceso de registro (punto 1.2.5 del Informe de la Inspección), se despliega una serie de opciones para completar la configuración de la cuenta, entre ellas, una opción titulada “Conoce la configuración de la privacidad”; sin que esta opción sea de consulta obligada para continuar con el uso de la cuenta de usuario y no quedando, si no se efectúa por el usuario en el momento inicial de uso de la cuenta, un enlace de fácil localización para acceder con posterioridad a dicha opción de configuración, ni se muestre un recordatorio al respecto (folios 30, 155 a 170 y 829).

QUINTO: Que el proceso descrito de registro de un nuevo usuario finaliza cuando FACEBOOK solicita una respuesta de confirmación de creación de cuenta enviando un mensaje, en este caso, al correo electrónico indicado por el usuario en el formulario ya detallado en el punto 1º anterior (folios 30 y 155).

SEXTO: Que la Inspección de Datos ha constatado (punto 1.1.10 del Informe de la Inspección) que, al acceder a la página [www.facebook.es](http://www.facebook.es), dominio registrado a nombre de FACEBOOK IRELAND, dicha página no existe, produciéndose un reenvío a la página [es-es.facebook.com](http://es-es.facebook.com); comprobándose que el dominio [facebook.com](http://facebook.com) está registrado a nombre de FACEBOOK INC. (folios 30 y 828).

SÉPTIMO: Que, sin que sea de consulta obligada durante el proceso de registro, como ya se ha indicado, en la página denominada “Declaración de Derechos y Responsabilidades” (punto 1.1.1 del Informe de la Inspección), FACEBOOK manifiesta explícitamente en el apartado 9 que el objeto del servicio que está prestando es el de ofrecer publicidad, y las condiciones por las que va a realizar el tratamiento de sus datos personales, del siguiente modo:

“9 Acerca de los anuncios u otro contenido comercial servido u optimizado por Facebook

Nuestro objetivo es ofrecer anuncios y otro contenido comercial o patrocinado que sea valioso para nuestros usuarios y anunciantes. Para ayudarnos a lograrlo, aceptas lo siguiente:

1. Nos concedes permiso para usar tu nombre, foto del perfil, contenido e información en relación con contenido comercial, patrocinado o relacionado (como una marca que te guste) que sirvamos o mejoremos. Esto significa, por ejemplo, que permites que una empresa u otra entidad nos pague por mostrar tu nombre y/o foto del perfil con tu contenido o información sin que recibas ninguna compensación por ello. Si has seleccionado un público



*específico para tu contenido o información, respetaremos tu elección cuando lo usemos.*

- 2. No proporcionamos tu contenido o información a anunciantes sin tu consentimiento.*
- 3. Entiendes que es posible que no siempre identifiquemos las comunicaciones y los servicios pagados como tales” (folios 20, 135 a 140, 817 y 818).*

OCTAVO: *Que, en la política de datos, a fecha 6 de noviembre de 2016 (folio 106), se establece que: “Facebook, Inc. cumple el marco Safe Harbor entre Estados Unidos y la Unión Europea y entre Estados Unidos y Suiza con relación a la recopilación, el uso y la retención de datos pertenecientes a la Unión Europea y Suiza, según lo dispuesto por el Departamento de Comercio de Estados Unidos” (en fecha 29 de septiembre de 2016 se retiró este texto, al ser miembro FACEBOOK, INC. miembro del Privacy Shield, según sus manifestaciones – folios 910 y 930); así como, en la misma página, bajo el epígrafe “Disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residan en Estados Unidos”, que “los usuarios y a las personas que no sean usuarias de Facebook que se encuentran fuera de Estados Unidos” dan el “consentimiento para que tus datos personales sean transferidos y procesados en Estados Unidos” (folios 20, 21, 105, 106 y 818).*

NOVENO: *Que la Inspección de Datos de esta Agencia ha constatado que, a fecha 2 de enero de 2017, en la misma política de privacidad detallada en los puntos anteriores (punto 1.10 del Informe sobre Transferencias Internacionales), y como base legal de las cláusulas contractuales tipo, se establece la adhesión al Escudo de Privacidad con Europa, Privacy Shield, pero que ésta está referida a la información que intercambia con sus denominados “Partners”, no la relativa a los datos personales de los usuarios de la red social (folios 68, 118 y 119).*

DÉCIMO: *Que la Inspección de Datos (punto 1.1.6 del Informe de la Inspección) ha constatado que FACEBOOK dispone de una página denominada Newsroom del sitio web **\*\*\*WEB.1**, que es la página web utilizada por FACEBOOK, INC. como oficina de prensa, con versiones en inglés y en español; comprobándose que, en la versión en español, uno de los enlaces dirige a la página **\*\*\*ENLACE.1**, donde se informa que existen los siguientes “Centros de datos: “Altoona, Ashburn, Forest City, Lulea, Prineville, Sunnyvale” (folios 22 y 820).*

UNDÉCIMO: *Que la Inspección de Datos, tal como se recoge en el punto 1.5, apartado 3, de su Informe, que, además de los perfiles personales de los usuarios, la red social permite la creación de páginas vinculadas a otro tipo de entidades (negocios, empresas, grupos de música,...), existiendo la opción de seleccionar un público objeto con edades que se inician en los 13 años y que, al igual que en el proceso de configuración de la página, la edad del público objetivo puede seleccionarse en un rango que comienza con los 13 años (folios 48 y 846).*

DUODÉCIMO: *Que se constata que puede registrarse un usuario con una fecha de nacimiento en consonancia con esa edad de 13 años, sin que se habiliten opciones para el consentimiento de los padres o tutores y sin que se informe, en un lenguaje fácilmente comprensible por ellos y con expresa indicación de lo dispuesto en el artículo 13 del RLOPD, de las consecuencias del proceso de registro como usuario, sin que en ningún caso puedan recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar (excepto los recabados de madres, padres o*

tutores con la única finalidad de obtener la oportuna autorización para el alta como usuario), o sobre las características de la familia, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos (folios 30, 31, 155, 159, 831, 835 y 893 a 898).

**DECIMOTERCERO:** Que la Inspección de Datos ha constatado, tal como se recoge en el punto 1.3.1 de su Informe, que en las páginas destinadas a informar a los usuarios sobre la información en la recogida de sus datos personales no se enumera la correspondiente lista de qué datos son recogidos, sino que se limita dar algunos ejemplos (folios 33 y 831).

**DECIMOCUARTO:** Que la Inspección de Datos ha constatado, tal como se recoge en el punto 1.4.8 de su Informe, que en las páginas destinadas a gestionar el perfilado de la publicidad de FACEBOOK no se establece un régimen de preferencias para el tratamiento de datos especialmente protegidos, no se solicita el consentimiento a priori para su tratamiento, sino que por defecto se tratan todos los datos personales para el perfilado de la publicidad (folios 45, 46, 171 a 185 y 844).

**DECIMOQUINTO:** Que, tal como se recoge en el punto 1.4.9 del Informe, se constata además que, a efectos de este perfilado que las opciones de configuración, y si bien se permite al usuario que FACEBOOK no muestre anuncios basados en su perfil, ello no implica empero que FACEBOOK no recoja ni trate la información para crear un perfil asociado al usuario y que lo conserve de forma indefinida (folios 45, 46, 171 a 185 y 844).

**DECIMOSEXTO:** Que la Inspección de Datos ha constatado, tal como se recoge en el punto 1.6.6 de su Informe, que en las páginas destinadas al perfilado por parte de los usuarios en páginas de terceros que en la política de privacidad existe un párrafo relativo a la política de cookies además de un enlace a dicha política, en el que FACEBOOK manifiesta: "Utilizamos cookies y tecnologías similares para prestar y mantener nuestros Servicios, además de cada uno de los usos expuestos y descritos en este apartado de nuestra política. Consulta nuestra Política de cookies para obtener más información" (folios 107 a 117).

**DECIMOSÉPTIMO:** Que se constata (punto 1.6.7 del Informe) que, con fecha 2 de enero de 2017, que la información que ofrece FACEBOOK, en su apartado para desarrolladores, no informa de la utilización de cookies cuando el editor de la página web incluye el botón "Me gusta" en páginas de terceros; que en la información que se ofrece a los editores de los sitios web en el apartado Facebook Developers, en relación a la incorporación Plug-ins sociales a las páginas de Internet, existe un apartado específico para el botón "Me gusta" en el que se describe la instalación de dicho botón, pero no se informa sobre la utilización de cookies y que, por último, existe un apartado de "Preguntas Frecuentes" en el que no hay un apartado sobre las cookies utilizadas, su propósito o limitaciones (folios 122 a 128 y 848).

**DECIMOCTAVO:** Que se constata (punto 1.6.8 del Informe) que, a fecha 6 de enero de 2017, FACEBOOK incluye las siguientes cookies en páginas de terceros que incluyen el botón "Me gusta"; en concreto se incluyen un total de 9 cookies, a saber (folios 62, 63, 129 a 134 y 861):

1. c\_user
2. csm



3. *datr*
4. *dpr*
5. *fr*
6. *lu*
7. *s*
8. *sb*
9. *xs*

**DECIMONOVENO:** Que se constata asimismo en relación con este perfilado (punto 1.6.8 del Informe) que todas las cookies son persistentes (con hasta dos años de persistencia); que la cookie *c\_user* contiene la identificador del usuario en FACEBOOK; que *csm* se emplea para redirigir al navegador a conexiones *https*; que la cookie *datr* se utiliza para determinar unívocamente a un usuario (aunque este no tenga cuenta en FACEBOOK); que la cookie *dpr* permite la interacción con la red social; que la cookie *fr* es utilizada para publicidad y contiene una versión cifrada del identificador del usuario y del identificador del navegador; la cookie *lu* contiene el identificador cifrado del último usuario; que las cookies *sb* y *s* no tienen propósitos conocidos y, finalmente, que la cookie *xs* contiene un número de sesión y un valor secreto (folios 129 a 134).

**VIGÉSIMO:** Que la Inspección de Datos en fecha 24 de mayo de 2015, y a través de la creación de una máquina virtual preparada para la prueba (cuyas especificaciones técnicas se detallan en el punto 1.6. del Informe, con admisión de cookies), procedió a visitar tres blogs en Internet de forma sucesiva que contaban con el botón “Me gusta” de FACEBOOK, y se comprobó que en ningún caso la mera descarga de esas páginas con el elemento “Me gusta” llegara a generar cookies que se intercambiasen entre dicha máquina y el servidor *www.facebook.com* sin que previamente se haya consultado un dominio de FACEBOOK. Posteriormente, se accedió a este en *www.facebook.com*, y sin darse de alta como usuario, se constata que se instala la cookie “*\_js\_datr*” con un determinado valor alfanumérico, el “\*\*\*VALOR.1”. A continuación, se cierra el navegador y se visitan nuevamente los tres blogs en cuestión, también de forma sucesiva; constatándose que en este caso sí se produce con la mera visita a sus páginas una llamada al servidor *www.facebook.com*, incluyéndose como parámetro la cookie “*\_js\_datr*” con el mismo valor anterior. Se cierra el navegador y se inicia de nuevo, comprobándose que se transmite a los servidores *www.facebook.com* esa cookie “*\_js\_datr*” con el valor señalado anteriormente y se instala en el navegador la cookie *datr* con el mismo valor que tenía esta otra “*\_js\_datr*”, que es sustituida por el código de FACEBOOK (folios 52 a 56, 755 a 780 y 850 a 854).

**VIGESIMOPRIMERO:** Que en esta prueba con la misma máquina virtual se procedió después a cerrar el navegador y volver a abrirlo, visitando los tres blogs utilizados para la prueba, con la descarga del componente que implementa el botón “Me gusta”, y se constató que en la llamada al servidor *www.facebook.com* se incluía como parámetro la cookie “*datr*” con ese mismo valor determinado alfanumérico ya citado. Volviendo a la página de FACEBOOK, y también sin darse de alta como usuario, dicho valor volvió a ser transmitido a sus servidores. A continuación, se inició sesión como usuario de FACEBOOK y se comprobó que se transmitía al servidor ese mismo valor “*datr*” (antes “*\_js\_datr*”) y en consecuencia se intercambiaba tal identificador, permitiéndose asociar toda la actividad realizada en Internet, incluso antes de iniciar sesión como usuario de FACEBOOK (folios 52 a 56, 755 a 780 y 850 a 854).



VIGESIMOSEGUNDO: Que en la misma prueba descrita en los dos puntos anteriores se procedió después a crear una nueva cuenta de usuario en FACEBOOK, distinta a la ya empleada, constatándose que en el tráfico investigado se produjeron varias llamadas a los servidores [www.facebook.com](http://www.facebook.com) que incluían la transmisión de la cookie "datr" con ese mismo valor alfanumérico "\*\*\*VALOR.1", permitiendo enlazar la navegación y la actividad desarrollada por las dos cuentas de usuario (folios 52 a 56, 755 a 780 y 850 a 854).

VIGESIMOTERCERO: Que finalmente en esta prueba se procedió a cerrar la cuenta del usuario (no hay usuarios dados de alta) y se visitó uno de los blogs y, analizando el tráfico de peticiones al servidor [www.facebook.com](http://www.facebook.com), que realizó este blog para descargar el componente que implementa el botón "Me gusta"; constatándose que se incluía como parámetro la cookie "datr" con el mismo valor que había tomado en todas las llamadas anteriores al servidor, durante el acceso a la cuenta de los dos usuarios registrados y cuando se visitaban páginas de terceros que tuviesen un componente de FACEBOOK aunque no se hubiese iniciado una sesión como usuario de FACEBOOK (folios 52 a 56, 755 a 780 y 850 a 854).

VIGESIMOCUARTO: Que se constata además que se pueden recoger datos relativos al sujeto procedente de terceros sin su consentimiento y sin indicación de que pueden ser datos personales especialmente protegidos, en relación con la actividad de otros usuarios y la información que proporcionan y que es recopilada (por ejemplo, cuando alguien comparte una foto en la que aparece el usuario, se le envía un mensaje o sube, sincroniza o importa la información de contacto). O al recoger los mismos datos de las redes y conexiones del usuario (por ejemplo, una libreta de direcciones). O que se recogerán datos de terceros relativos al usuario, sin especificar qué datos serán recogidos, al visitar o utilizar sitios web y aplicaciones de terceros que usen los Servicios de FACEBOOK (por ejemplo, con el botón "Me gusta", por el inicio de sesión o cuando se usan los servicios de medición y publicidad) (folios 52 a 56, 755 a 780 y 850 a 854).

VIGESIMOQUINTO: Que en la política de privacidad (apartado 1.5.1 del Informe) se establece que FACEBOOK utilizará la información recogida para personalizar publicidad, sin enumerar que información se recogerá, con vistas a mostrar anuncios y servicios: "Utilizamos la información de la que disponemos para mejorar nuestros sistemas de publicidad y medición con el fin de mostrarte anuncios relevantes, tanto en nuestros Servicios como fuera de ellos, y medir la eficacia y el alcance de los anuncios y servicios. Obtén más información sobre cómo anunciarte en nuestros Servicios y cómo controlar el modo en que se usa tu información para personalizar los anuncios que ves"; con un enlace a ese subrayado "información de la que disponemos", pero en el que no se ofrece explicaciones adicionales, sino que redirige a la misma política de privacidad (folios 47, 141 a 154 y 845).

VIGESIMOSEXTO: Que la Inspección de Datos ha constatado, tal como se recoge en el punto 1.5.1 de su Informe, que en las páginas destinadas al tratamiento de datos personales especialmente protegidos (versión de la política de privacidad a fecha 29 de septiembre de 2016) la información que se ofrece al usuario, sin necesidad de navegar más profundamente en el conjunto de enlaces que se proporcionan, no se señala específicamente que se recogen datos especialmente protegidos y no se recaba consentimiento expreso para tratar datos especialmente protegidos (folios 47, 141 a 154 y 844).

VIGESIMOSÉPTIMO: Que la Inspección de Datos ha constatado, tal como se recoge en el punto 1.5.2 de su Informe, que en la configuración del perfil de usuario



existe un apartado denominado “Información básica y de contacto” con los siguientes subapartados: *Añade tus creencias religiosas y Añade tu ideología política*; a su vez, éstos, una vez seleccionados, despliegan un formulario con estos campos: *Creencias religiosas/ Ideología política, Descripción y Opciones*. Permite compartir con las opciones (por defecto para “Amigos de amigos”): *Público, Amigos de amigos, Amigos, Solo yo y Personalizado* (folios 47, 48, 70 a 98 y 846).

**VIGESIMOCTAVO:** *Que se constata en ninguno de los apartados anteriores se solicita un consentimiento expreso para utilizar dicha información por parte de FACEBOOK para perfilado de publicidad, ni se informa de que se puede utilizar con dicha finalidad* (folios 48, 70 a 98 y 846).

**VIGESIMONOVENO:** *Que la Inspección de Datos ha constatado que, tal como se recoge en el punto 1.5.3 de su Informe (con las especificaciones técnicas que allí se describen), y en el proceso de creación de un nuevo perfil de usuario en la red social, se permite la creación de páginas vinculadas a otro tipo de entidades (negocios, empresas, grupos de música,...) en calidad de administrador, además de los perfiles personales. Así, se crea una página para una empresa denominada “\*\*\*EMPRESA.1” y se procede a la configuración de ésta indicando que se prefiere contactar con usuarios de España de más de 18 años, pero se constata que existe la opción de seleccionar un público objeto con edades que se inician en los 13 años* (folios 48, 70 a 98 y 846).

**TRIGÉSIMO:** *Que se constata asimismo que, para desarrollar lo expuesto en el punto anterior, se dispone de una herramienta de administración, que muestra las campañas de publicidad asociadas a la página y, a través de la herramienta “públicos”, permite seleccionar el público (los usuarios de la red social) a los que se mostrarán los anuncios de la página; observando que, al igual que en el proceso de configuración de la página la edad del público objetivo, puede seleccionarse en un rango que comienza con los 13 años* (folios 48, 70 a 98 y 846).

**TRIGESIMOPRIMERO:** *Que esa herramienta de creación de público objeto dispone de una opción que permite discriminar en base a la “Situación sentimental”, con opciones como “soltero”, “Casado”, “Divorciado” o “Viudo” entre otras. Los valores de las opciones del criterio coinciden plenamente con las opciones disponibles en el perfil de los usuarios, bajo el apartado “Familia y relaciones”, donde se puede indicar la “Situación sentimental”. Dispone de una opción que permite discriminar en base a la “Composición del hogar”, que dispone de dos opciones “Family-based Household”<sup>1</sup> y “Housemate-based Household”<sup>2</sup> (constatando que al posar el puntero del ratón sobre cada opción se muestra un pequeño recuadro que indica el número de usuario de la red social que cumplen con ese criterio). Algunos de los criterios, como “Afinidad étnica” y “Política” (que permiten discriminar en base a criterios de origen racial e ideología) parecen estar disponibles sólo para los usuarios de los Estados Unidos de América* (folios 48, 49, 70 a 98 y 847).

**TRIGESIMOSEGUNDO:** *Que dicha herramienta de creación de público objeto dispone de una opción que permite discriminar en base a “Intereses”. Esos intereses pueden adoptar distintos valores y la herramienta de creación de público objeto permite buscar entre los posibles valores o sugiere algunos valores en base a tipos predefinidos. Se comprueba que el campo “Interés” incluye valores que permiten discriminar en función de: Ideología política (con intereses como “Fascista”, “Falange Española y de las*

1 Personas que comparten vivienda y tienen una relación familiar directa o indirecta.

2 Personas que comparten vivienda y no tienen una relación familiar directa o indirecta.



JONS" o "Supremacía blanca"); Vida sexual (con intereses como "Soy Homosexual", "Matrimonio entre personas del mismo sexo" o "Bisexual community"); Creencias religiosas (con intereses como "Musulmán", "Ramadán 2015" o "Corán"); Salud (con intereses como "Obesidad", "Diabetes Meltus", "Sida" o "Tratamiento profilaxis post-exposición para el VIH"); "Acontecimientos importantes", existe un subgrupo específico de "Salud y bienestar" que permite introducir información sobre superación de una enfermedad, abandono de un hábito, etc.... (folios 49 y 70 a 98 y 847).

TRIGESIMOTERCERO: Que, configurando el campo de interés "Tratamiento Profilaxis post-exposición para el VIH", junto con otros criterios de selección, la herramienta de configuración muestra que tiene "1.680 personas. Descripción: Personas que han mostrado interés por páginas relacionados con Tratamiento Profilaxis post-exposición para el VIH o que les han gustado" (folios 49 y 70 a 98).

TRIGESIMOCUARTO: Que, configurando el campo de interés "Soy homosexual", junto con otros criterios de selección, la herramienta de configuración muestra que tiene "166.360 personas. Descripción: Personas que han mostrado interés por páginas relacionados con Soy Homosexual o que les han gustado" (folios 49 y 848).

TRIGESIMOQUINTO: Que la Inspección de Datos ha constatado que, tal como se recoge en el punto 1.5.4 de su Informe (con esas mismas especificaciones técnicas), el proceso de creación de un nuevo usuario, en el que no se introduce en la información sobre orientación sexual en el perfil del usuario, y se navega por páginas de FACEBOOK con contenido etiquetado como "gay", seleccionando la opción de seguir las noticias publicadas por usuarios que tenían un contenido relativo a la homosexualidad, en breves minutos FACEBOOK sugiere de forma automática a dicho usuario el consultar una página en la que se promociona el canal de televisión online Gayles en una página web que no es de FACEBOOK sino del dominio "gayles.tv". En la página de configuración de anuncios que permite gestionar al usuario los "Intereses" y "Anunciantes" no aparece ninguna entrada que sea referente a la categoría de anuncios mostrados. Cuando se selecciona el anuncio de "gayles.tv" y se pulsa en el botón marcado en la parte superior derecha con una X para eliminar el contenido, dicho anuncio desaparece de la ventana del usuario y en su lugar aparece otro anuncio en el que en el pie del mismo se puede leer "Soy Homosexual" que corresponde a un anuncio de un revista del mismo nombre que se publica en la página web <http://homosensual.mx/> que tampoco pertenece al dominio de FACEBOOK (folios 50, 51, 217 a 225, 848 y 849).

TRIGESIMOSEXTO: Que, tras acceder a la página de configuración de anuncios y configurar los anuncios en las opciones configuradas de la siguiente forma:

Anuncios basados en mi uso de sitios web y aplicaciones  
-> Seleccionado NO

Anuncios en aplicaciones y sitios web fuera de las empresas de FACEBOOK -> Seleccionado NO

Anuncios con mis acciones sociales -> Seleccionado Nadie

Anuncios basados en mis preferencias -> Se navega a la página de preferencias y se eliminan todas, aunque ninguna de las preferencias tenía relación con el contenido seleccionado.



*Segue apareciendo el anuncio relativo a “Soy Homosexual” cuando se refresca la página. Se sigue refrescando dicha página y sigue apareciendo el mismo anuncio. Se elimina dicho anuncio específicamente, pulsando en el botón marcado en la parte superior derecha con una X para eliminar el contenido y dicho anuncio desaparece y se sustituye por anuncios con contenido genérico (folios 50, 51, 217 a 225, 848 y 849).*

*TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, sin realizar ninguna actividad de navegación en FACEBOOK o Internet, se vuelven activar en la página de configuración de anuncios las opciones de presentación de publicidad perfilada:*

*Anuncios basados en mi uso de sitios web y aplicaciones  
-> Seleccionado SI*

*Anuncios en aplicaciones y sitios web fuera de las empresas de Facebook -> Seleccionado SI*

*Anuncios con mis acciones sociales -> Seleccionado Nadie*

*Anuncios basados en mis preferencias -> Se navega a la página de preferencias y se eliminan todas, aunque ninguna de las preferencias tenía relación con el contenido seleccionado.*

*Y aparece una página de anuncios denominada “Lobby Gay” (folios 50, 51, 217 a 225, 848 y 849).*

*TRIGESIMOCTAVO: Que la Inspección de Datos ha constatado que, tal como se recoge en el punto 1.9.4 de su Informe, que, al solicitar el acceso a los datos conservados por FACEBOOK en una cuenta de la red social del usuario seleccionado (cuya descripción técnica en el Informe se cita), mediante el uso de la función “Descarga tu Información”, que se encuentra enlazada desde la página principal “Configuración General de la Cuenta”, se mantienen almacenadas las direcciones IP desde las que se han ido realizado accesos a la cuenta al menos desde el 4 de marzo de 2016, esto es, más de 11 meses después de la consulta; sin que las IP almacenadas hayan sufrido ningún tipo de emascaramiento o anonimizado (folios 66, 67, 186 a 210 y 866).*

*TRIGESIMONOVENO: Que además, consultado un servicio de localización IP, la IP correspondiente al acceso realizado ese 4 de marzo identifica correctamente la población, el proveedor de servicios y la localización sobre un mapa con un error de 1 kilómetro y, asociada a esa dirección, aparte de la fecha, está la hora UTC, la zona horaria, así como información identificativa del navegador, sistema operativo y otros datos identificativos del dispositivo, además de la cookie accedida. Indicar que la información de acceso a la cookie datr está registrada desde el 20 de agosto de 2015 (folios 67, 186 a 210 y 866).*

*CUADRAGÉSIMO: Que asimismo, en relación a la conservación de datos asociados a cuentas eliminadas, se constató que con fecha 31 de julio de 2015 se procedió a eliminar la cuenta \*\*\*CUENTA.1 y con fecha 23 de febrero de 2017 se intentó acceder a la misma cuenta usando el mismo correo electrónico, obteniendo un mensaje de la aplicación FACEBOOK de que con dicha cuenta no existía ningún usuario. Posteriormente, en la misma fecha se procede a crear una nueva cuenta re-utilizando el mismo correo de la cuenta borrada y, una vez creada, se utilizó la opción de descargar la información asociada a la nueva cuenta creada, en principio sin actividad. Consultado el fichero descargado, en el apartado “Seguridad”, aparece información registrada a*

nombre del usuario en relación a la cookie datr de fechas 8 de noviembre de 2016 y 10 de febrero de 2017:

*"Información de autenticación de la cookie Datr*

*...\*\*\*COOKIE.1*

*Visto por primera vez: Martes, 8 de noviembre de 2016 a las 11:59 UTC+01  
Visto 3 veces*

*...\*\*\*COOKIE.2*

*Visto por primera vez: Viernes, 10 de febrero de 2017 a las 12:01 UTC+01  
Visto 3 veces" (folios 67, 68, 226 a 233 y 866)>>.*

**TERCERO:** FACEBOOK INC. ha presentado en fecha 21 de septiembre de 2017 por correo certificado, con entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos en fecha el 26 de septiembre de 2017, recurso de reposición, solicitando la revocación y derogación de la resolución recurrida, con básicamente la siguiente fundamentación:

1. Como cuestiones formales, que motivarían la nulidad del procedimiento: 1) que la notificación se ha realizado a FACEBOOK SPAIN y no a FACEBOOK, INC., entidades independientes, no siendo la primera parte del procedimiento; 2) que se han realizado en español cuando FACEBOOK, INC. opera en inglés; 3) que la resolución carece de la debida motivación; 4) que se ignoran los informes periciales aportados a lo largo de la tramitación del procedimiento sancionador cuya resolución se recurre y 5) que las actuaciones previas de investigación realizadas han caducado (en especial las de referencia núm. E/01147/2015/I-01).
2. Solo FACEBOOK IRELAND puede ser considerada la única responsable de los datos personales de los usuarios españoles del servicio FACEBOOK, por ser la responsable del tratamiento, y no FACEBOOK, INC., y por tanto esta última entidad no está sujeta a la legislación española en la materia, siendo si acaso limitada la competencia de la Agencia, pues sería aplicable la legislación irlandesa, pues no utiliza FACEBOOK, INC. equipos ubicados en España, al no prestar servicios a usuarios españoles. Sería de aplicación en consecuencia la legislación irlandesa y la autoridad competente para emitir resoluciones al respecto vendría a ser la *Irish Data Protection Commissioner* (DPC), por ser como se ha dicho FACEBOOK IRELAND la entidad responsable del tratamiento de datos personales analizado, reiterando la alegación realizada en el propio procedimiento sancionador tramitado que FACEBOOK SPAIN no es su establecimiento en España (ni incluso su representante). Y se añade que FACEBOOK IRELAND en cualquier caso cumple con la legislación de protección de datos aplicable, aquí, la Directiva 95/46/CE y la correspondiente Ley Irlandesa de Protección de Datos que la transpone.
3. Las manifestaciones de la Agencia sobre las obligaciones de información y consentimiento son incorrectas, dado que el consentimiento se obtiene de los usuarios de forma legítima, pues se da una información por parte FACEBOOK IRELAND adecuada en concordancia con la legislación de la UE, siendo por ello un consentimiento válido e informado para el tratamiento de los datos de los usuarios de la red social, incluso para el proceso seguido



en la gestión de las *cookies*; sin que resulte cierto que no sea obligatorio para el usuario leer la Política de Datos para poder completar el proceso de registro. Y en consecuencia no procede la imputación basada en que la expresión “*Política de Datos*”, que ésta resultaría engañosa y que tampoco se acepta decir que el sistema de capas en la práctica limita la capacidad del usuario para entender dicha política de “*privacidad*” (término cuya utilización no viene a ser exigida como requisito legal).

4. FACEBOOK IRELAND no permite que los anunciantes dirijan la publicidad basándose en datos personales “*sensibles*”, y cuando los trata “*lo hace de forma lícita*”. En concreto, la recurrente afirma que la Agencia “*interpreta de forma errónea los usos de los datos y parece apreciar la distinción existentes entre las Páginas Sugeridas y la publicidad pagada por un tercero*”; y no se puede considerar que la información basada en intereses no equivale a datos sensibles.
5. En relación con la cancelación incorrecta de los datos personales, las *cookies* “*datr*” son independientes del usuario de FACEBOOK utilizado, identificando al navegador, no al usuario, y si se utiliza para acceder a una cuenta nueva un navegador con actividad previa en la red social (existiera o no la cuenta con anterioridad), ello provoca que se asocie esta *cookie* a la nueva cuenta. De hecho, esa *cookie* no incluye ningún dato asociado o que pudiera asociarse a la cuenta del usuario anterior o a la dirección de correo electrónico. En cualquier caso, se afirma que la autoridad competente de control en la materia (en este caso, la irlandesa) ha expresado su satisfacción con los procedimientos establecidos por FACEBOOK IRELAND, como responsable del tratamiento de datos del servicio FACEBOOK para la UE.
6. Los errores y fallos de interpretación hechos por la Agencia a la hora de realizar sus comprobaciones en la plataforma FACEBOOK IRELAND deben suponer la invalidación automática de los fundamentos jurídicos expuestos en la resolución objeto del recurso.
7. Los criterios de graduación de las sanciones de la LOPD no resultan de aplicación a FACEBOOK, INC. ni apropiados al caso.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).



## II

En relación con las manifestaciones efectuadas por FACEBOOK, INC., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del I a X, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<I

*Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.g) en relación con el artículo 36 de la LOPD y de acuerdo también con lo establecido en el artículo 2.1 de la LOPD y los artículos 2 y 3 del RLOPD.*

## II

*Dadas las alegaciones realizadas por FACEBOOK, INC. sobre su falta de responsabilidad en el tratamiento de los datos personales de los usuarios de Facebook en la Unión Europea, hay que señalar, como cuestión preliminar, que la red social FACEBOOK se configura en torno a la entidad matriz FACEBOOK, INC., responsable última de toda la actividad en Internet de dicha plataforma de comunicación entre sus usuarios.*

*De este modo, y tal como se desprende de la información que la propia plataforma FACEBOOK facilita en su web, tiene su sede principal en Estados Unidos, concretamente en California.*

*En el hecho probado sexto se establece que el dominio "Facebook.com" está registrado a nombre de FACEBOOK, INC. en Menlo Park Estados Unidos y el dominio "Facebook.es" está registrado a nombre de FACEBOOK IRELAND; página que como tal no existe, sino es una redirección a la página "es-es.facebook.com".*

*Para profundizar, en lo expuesto anteriormente, y antes de analizar el fondo de la cuestión, y a la vista de las alegaciones de FACEBOOK INC. en el sentido de que el responsable del tratamiento de los usuarios españoles en España es FACEBOOK IRELAND, recordar la doctrina del Tribunal Supremo en un supuesto bastante similar al que aquí se está estudiando, citando la sentencia del Tribunal Supremo 1384/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de fecha 13 de junio de 2016 (el subrayado es de esta Agencia):*

*"El Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» adoptado el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/ CE (GT29), dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: <<El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal>>.*

*La definición de la Directiva consta de tres componentes fundamentales: el aspecto personal («la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»); la posibilidad de un control plural («que solo o conjuntamente con otros»); los elementos esenciales para distinguir al*



responsable del tratamiento de otros agentes («determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales»).

En relación con la determinación de los fines y los medios se señala que "el hecho de determinar los «fines» del tratamiento trae consigo la consideración de responsable del tratamiento (de facto). En cambio, la determinación de los «medios» del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. Sin embargo, las cuestiones de fondo que sean esenciales a efectos de la legitimidad del tratamiento -como los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso, etc.- deben ser determinadas por el responsable del tratamiento".

No cabe duda alguna de que Google Inc., que gestiona el motor de búsqueda Google Search, es responsable del tratamiento de datos, al determinar los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. No obstante, ello no implica que Google Inc. sea responsable del tratamiento en solitario, ya que no podemos olvidar que el citado artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, alude a que la determinación de los fines y los medios del tratamiento de datos personales se puede hacer "sólo o conjuntamente con otros", máxime si tenemos en cuenta, que "las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades" (apartado 56 de la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014).

A este respecto, en el Dictamen 1/2010 del GT29 se dice: "En el dictamen de la Comisión sobre la enmienda del PE, la Comisión menciona la posibilidad de que «varias partes determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo» y, por lo tanto, en tal caso, «cada uno de estos corresponsables del tratamiento debe considerarse vinculado por las obligaciones impuestas por la Directiva de proteger a las personas físicas cuyos datos se estén tratando». Se añade que "la definición de tratamiento contenida en el artículo 2.b) de la Directiva no excluye la posibilidad de que distintos agentes estén implicados en diferentes operaciones o conjuntos de operaciones en materia de datos personales. Estas operaciones pueden producirse simultáneamente o en distintas fases". Y se concluye que "la participación de las partes en la determinación de los fines y los medios del tratamiento en el contexto del control conjunto puede revestir distintas formas y el reparto no tiene que ser necesariamente a partes iguales... Los distintos grados de control pueden dar lugar a distintos grados de responsabilidad, y desde luego no cabe presumir que haya una responsabilidad solidaria en todos los casos. Por lo demás, es muy posible que en sistemas complejos con varios agentes el acceso a datos personales y el ejercicio de otros derechos de los interesados también los puedan garantizar distintos agentes a diferentes niveles".

También resulta ilustrativa otra sentencia del Tribunal Supremo 210/2016, Sala de lo Civil, de fecha 5 de abril de 2016, que viene a decir que:

"Los sujetos protegidos por la normativa sobre protección de datos son las

*personas físicas (art. 1 y 2.a de la Directiva). El efecto útil de la normativa comunitaria se debilitaría enormemente si los afectados hubieran de averiguar, dentro del grupo empresarial titular de un motor de búsqueda, cuál es la función concreta de cada una de las sociedades que lo componen, lo que, en ocasiones, constituye incluso un secreto empresarial y, en todo caso, no es un dato accesible al público en general. También se debilitaría el efecto útil de la Directiva si se diera trascendencia, en el sentido que pretende la recurrente Google Spain, a la personificación jurídica que el responsable del tratamiento de datos diera a sus establecimientos en los distintos Estados miembros, obligando de este modo a los afectados a litigar contra sociedades situadas en un país extranjero”.*

*En consecuencia, hay que desestimar las alegaciones realizadas a este respecto por parte de FACEBOOK, INC., y por consiguiente debe considerarse que dicha entidad es responsable del tratamiento de datos personales de los usuarios de FACEBOOK en la Unión Europea pues su participación en la determinación de los fines y los medios del tratamiento queda constatada.*

### III

*Sentado lo anterior, resulta necesario analizar, en segundo lugar, el ámbito de aplicación de la LOPD respecto de los hechos que se examinan en el presente procedimiento sancionador.*

*Dicho examen exige considerar si las conductas analizadas han sido llevadas a cabo por FACEBOOK INC. en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en territorio español o si se han empleado medios situados en España por parte de FACEBOOK INC. Si nos encontrásemos en uno de estos casos serían aplicables los principios, derechos y garantías previstos en la legislación española de protección de datos.*

*La LOPD, en el párrafo segundo de su artículo 2.1, al referirse al “Ámbito de aplicación” de la norma, establece lo siguiente:*

*“Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:*

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.*
- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.*
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito”.*

*El último párrafo del artículo 5.1 de la misma norma establece lo siguiente:*

*“Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.*



Por su parte, el artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2008 (RLOPD), señala su ámbito territorial de aplicación en los siguientes términos:

*“1. Se regirá por el presente Reglamento todo tratamiento de datos de carácter personal:*

*a) Cuando el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento, siempre que dicho establecimiento se encuentre ubicado en territorio español.*

*Cuando no resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior, pero exista un encargado del tratamiento ubicado en España, serán de aplicación al mismo las normas contenidas en el título VIII del presente Reglamento.*

*b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española, según las normas de Derecho internacional público.*

*c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.*

*En este supuesto, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en territorio español.*

*2. A los efectos previstos en los apartados anteriores, se entenderá por establecimiento, con independencia de su forma jurídica, cualquier instalación estable que permita el ejercicio efectivo y real de una actividad”*

*En este mismo sentido se pronuncia el artículo 4 “Derecho nacional aplicable” de la Directiva 95/46/CE (aplicable hasta el 25 de mayo de 2018, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 del Reglamento general de protección de datos, 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 citada Directiva 94/46/CE), que establece lo siguiente:*

*“Derecho nacional aplicable*

*1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:*

*a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;*

*b) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público;*

*c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la*



*Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.*

*2. En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.*

*Este artículo responde a las consideraciones que se plasman en los considerandos de la citada Directiva, en concreto los considerandos 18 y siguientes presentan la siguiente justificación del artículo 4 en cuestión:*

*“(18) Considerando que, para evitar que una persona sea excluida de la protección garantizada por la presente Directiva, es necesario que todo tratamiento de datos personales efectuado en la Comunidad respete la legislación de uno de sus Estados miembros; que, a este respecto, resulta conveniente someter el tratamiento de datos efectuados por cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento establecido en un Estado miembro a la aplicación de la legislación de tal Estado;*

*(19) Considerando que el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable; que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante al respecto; que cuando un mismo responsable esté establecido en el territorio de varios Estados miembros, en particular por medio de una empresa filial, debe garantizar, en particular para evitar que se eluda la normativa aplicable, que cada uno de los establecimientos cumpla las obligaciones impuestas por el Derecho nacional aplicable a estas actividades;*

*(20) Considerando que el hecho de que el responsable del tratamiento de datos esté establecido en un país tercero no debe obstaculizar la protección de las personas contemplada en la presente Directiva; que en estos casos el tratamiento de datos debe regirse por la legislación del Estado miembro en el que se ubiquen los medios utilizados y deben adaptarse garantías para que se respeten en la práctica los derechos y obligaciones contempladas en la presente Directiva;”.*

*La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, (STJUE, Gran Sala, cuestión prejudicial Google Spain S.L. y Google Inc./AEPD, C-131/2012), dictada en el marco de una cuestión prejudicial relativa a la interpretación, entre otros, del artículo 4, apartado 1, letra a) 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, a fin de dar respuesta a la cuestión planteada acerca de si debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) considera que “la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search” y recuerda que Google Spain se dedica al ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable en España y que al estar dotada de personalidad jurídica propia, es de este modo una filial de Google Inc.*



en territorio español, y, por lo tanto, un «establecimiento», en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46.

Hechas las mencionadas consideraciones la Sentencia analiza si el tratamiento se «lleve a cabo en el marco de las actividades» de un establecimiento de dicho responsable situado en territorio de un Estado miembro. Sobre este particular el Tribunal declara que “la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado «por» el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice «en el marco de las actividades» de éste.”

Considera sobre este punto que “el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor.

En efecto, en tales circunstancias, las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades.

La propia presentación de datos personales en una página de resultados de una búsqueda constituye un tratamiento de tales datos. Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el caso de autos el territorio español.”

Concluye indicando que “el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro”.

Así la cuestión se centra en dilucidar si concurre en este caso alguna de las circunstancias que determinan la aplicación de la LOPD y de su reglamento de desarrollo.

En consecuencia, debe analizarse si el tratamiento de datos examinado se realiza por FACEBOOK INC en el marco de las actividades de FACEBOOK SPAIN.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1.a) de la Directiva, la aplicación de las disposiciones nacionales de un Estado miembro viene determinada por la existencia de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro de que se trate. Aunque esta Directiva no define el concepto de “establecimiento”, en su preámbulo (Considerando 19) señala como elemento determinante el ejercicio efectivo y real de actividades a través de una instalación estable, no siendo preciso que dicho

establecimiento tenga personalidad jurídica. Además, el tratamiento de datos personales deberá llevarse a cabo en el marco de tales actividades.

En relación con esta cuestión, el Grupo de Trabajo del artículo 29, en su Dictamen 8/2010, sobre Derecho aplicable, emitido el 16 de diciembre de 2010, señala que:

*“la referencia a «un» establecimiento significa que la aplicabilidad del Derecho de un Estado miembro se desencadenará por la ubicación de un establecimiento del responsable del tratamiento en ese Estado miembro y los Derechos de otros Estados miembros podrían desencadenarse por la ubicación de otros establecimientos de ese responsable del tratamiento en esos Estados miembros”. Y añade que “Aun cuando el responsable del tratamiento tenga su establecimiento principal en un tercer país, el mero hecho de tener uno de sus establecimientos en un Estado miembro podría desencadenar la aplicabilidad del Derecho de dicho país, siempre que se reúnan las otras condiciones del artículo 4, apartado 1, letra a)”.*

El mismo Dictamen citado señala que:

*“la noción de “marco de actividades” no implica que el Derecho aplicable sea el del Estado miembro donde esté establecido el responsable del tratamiento, sino donde un establecimiento del responsable del tratamiento esté implicado en actividades relativas al tratamiento de datos”,*

*y que deberá tenerse en cuenta al respecto el grado de implicación del establecimiento en las actividades de tratamiento de datos personales.*

*En el supuesto analizado se estima de interés poner de relieve que, al margen de la forma jurídica de la entidad FACEBOOK SPAIN, S.L., esta entidad constituye un establecimiento implicado en actividades que entrañan el tratamiento de datos personales relativos a personas identificadas o identificables, que se recaban en territorio español.*

*FACEBOOK, INC desarrolla una actividad de carácter económico que tiene por objeto la obtención de ingresos a cambio de la publicidad de terceros que inserta en los sitios web que gestiona. La actividad de FACEBOOK, INC no sería viable sin esa financiación.*

*La captación de anunciantes en el territorio español constituye la tarea principal de FACEBOOK SPAIN, S.L. Por ello la actuación de FACEBOOK SPAIN, S.L. es significativa para la prestación de los servicios y los tratamientos de datos que conllevan ya que su actividad consiste, como se ha indicado, en la captación de anunciantes en el territorio español, existiendo una relación de causalidad entre la actuación de FACEBOOK SPAIN, S.L. y la existencia misma de los tratamientos que se realizan con fines de publicidad.*

*Por lo tanto, cabe concluir que la protección conferida por la LOPD es aplicable al presente supuesto y, por ende, la Agencia Española de Protección de Datos es competente para la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.a) de la citada Ley Orgánica.*

*Resulta relevante añadir a lo expuesto que la entidad FACEBOOK, INC además recurre a medios situados en el territorio español con el fin de captar información en nuestro territorio (utilizando, entre otros, los equipos de los usuarios residentes en España para almacenar información de forma local a través de cookies y otros medios,*



así como ejecutando código en dichos dispositivos), sin que la utilización de tales equipos para la recogida de datos se realice exclusivamente con fines de tránsito por el territorio de la Unión Europea, es decir, no se trata de equipos de transmisión, sino que dichos equipos se emplean para la recogida y tratamiento de los datos.

La Agencia Española de Protección de Datos también resulta competente para decidir sobre el tratamiento llevado a cabo por un responsable no establecido en territorio del Espacio Económico Europeo que ha utilizado en el tratamiento de datos medios situados en territorio español.

En definitiva, la LOPD es aplicable al presente supuesto y procedente la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos, pues FACEBOOK, INC cuenta con un establecimiento situado en territorio español, FACEBOOK SPAIN, S.L., implicado en las actividades relativas al tratamiento de datos que ahora se analiza. Además, utiliza en el tratamiento de datos, como se ha expuesto anteriormente, medios situados en territorio español.

#### IV

Antes de realizar un análisis de las infracciones a la obtención del consentimiento del interesado, se analizará si se cumple de forma apropiada con el deber de información.

El deber de información al afectado aparece regulado en el artículo 5 de la LOPD, cuyos apartados 1 a 3, aplicables al supuesto de recogida de datos del propio afectado, establecen lo siguiente:

*“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

- a) 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.*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

*Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.*

*2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.*

*3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los*

*datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.*

*En el hecho probado séptimo FACEBOOK se establece que el propósito del servicio de la red social es ofrecer publicidad, por lo que es obligado reseñar lo que dispone el artículo 45.1.b) del RLOPD:*

*“1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:*

*(...)*

*b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”.*

*En el punto 1.3.2 del apartado segundo de los antecedentes se recoge que FACEBOOK trata, entre otros, el nombre de la cuenta de usuario (incluidos los anteriormente utilizados si hubo cambios por el usuario), fecha de nacimiento, ideología, sexo, creencias religiosas, empleo, formación, dirección (incluso las anteriores si hubo cambio de dirección), número de tarjeta de crédito, teléfono, reconocimiento facial, familiares, amigos, ciudad de origen, fotos, videos, gustos personales, sobre la navegación (fecha, hora, IP, dispositivo...), aplicaciones utilizadas, anuncios y lugares visitados, historial de las conversaciones habidas, amigos eliminados, eventos en los que se ha participado o seguidores y sus correspondientes solicitudes.*

*En los hechos probados vigesimoquinto, vigesimosexto, vigesimooctavo se establece que los usuarios no son informados de forma clara de los tratamientos que se van a realizar con relación a dichos datos personales. La declaración de que la información obtenida se basa principalmente en los datos aportados por los propios interesados da lugar a la ambigüedad, ya que FACEBOOK recaba otro tipo de datos fruto de la interacción de éstos con FACEBOOK sin que la información que se facilita a los usuarios les permita percibir de forma clara el volumen de información que recaba Facebook sobre ellos ni su utilización.*

*En el hecho probado segundo se establece que a la hora de creación de la cuenta la información del artículo 5 se ofrece en un enlace denominado “Política de Datos”, sin que en el título del enlace aparezca una referencia a “privacidad” o “protección de datos”.*

*En el hecho probado tercero se establece que no es obligado acceder al enlace etiquetado como “Política de Datos” para acceder a los servicios de la red social. Este hecho se señala con relación a la necesidad de obtener un consentimiento expreso en el caso de tratamiento de datos especialmente protegidos, como se tratará más adelante.*

*En el hecho probado decimotercero se establece que en las páginas destinadas a informar a los usuarios sobre la información en la recogida de sus datos personales no se enumera la correspondiente lista de qué datos son recogidos, sino que se limita dar*



*algunos ejemplos. Para encontrar esa información hay que navegar por múltiples páginas de la red social.*

*En el hecho probado duodécimo se establece que puede registrarse un usuario con una fecha de nacimiento 13 años, sin que se habiliten opciones para el consentimiento de los padres o tutores y sin que se informe, en un lenguaje fácilmente comprensible por ellos como exige el artículo 13 del RLOPD. Tampoco son informados de que no pueden recabarse datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos.*

*En el hecho probado undécimo se establece que FACEBOOK ofrece herramientas para desarrollar campañas publicitarias en el que se puede seleccionar un público objetivo de edad a partir de 13 años.*

*En los hechos probados del decimosexto al vigésimo se establece que los usuarios no son informados de que se tratará su información, mediante el uso de cookies, algunas de uso específico publicitario y alguna de uso secreto, cuando navegan por páginas que no son páginas de FACEBOOK (páginas de terceros) y que contienen el botón "Me gusta". Que esto se produce incluso cuando los usuarios no están registrados en FACEBOOK, pero han visitado alguna vez una de sus páginas. Que también ocurre en usuarios registrados pero que navegan por páginas de terceros, incluso si no tienen sesión iniciada en FACEBOOK, añadiendo la información recogida en dichas páginas a la asociada a su cuenta de FACEBOOK. Y que los editores de dichas páginas no son informados por FACEBOOK de que se va a producir dicho tratamiento de forma adecuada.*

*En las alegaciones recogidas en el Informe Pericial \*\*\*INFORME.1, de 26 de mayo de 2017 presentado por FACEBOOK, se establece que no se instalan cookies en la página de FACEBOOK antes de mostrar el primer aviso y que incluso no se instalan cuando se consultan los enlaces relativos a la política de cookies. Ese hecho es cierto, pero el informe pericial no señala que, por otro lado, la información que se da a los usuarios cuando acceden a páginas de terceros en los que FACEBOOK sí recoge información de la actividad de navegación de los usuarios es nula, y que no se informa a los editores de dichas páginas de sobre qué tendrían que informar a sus usuarios.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que sigue las recomendaciones del Grupo del Artículo 29 en relación con que "las notificaciones multicapa pueden ayudar a mejorar la calidad de la información recibida". La palabra clave es que "pueden" (no es "deben"), pero este no es el caso. Más bien al contrario, se utiliza información en una infinidad de capas sin un orden aparente cuyo resultado es una dificultad para conocer datos recogidos y tratamientos de forma precisa.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude que "la Política de datos... están todas identificadas", cuando lo que utilizando el término "Política de datos" está evitando identificar correctamente lo que se debería titular como "Política de Privacidad" o "de Protección de Datos Personales".*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que la información que proporciona al usuario les permite "entender fácilmente las finalidades para las cuales se lleva a cabo el tratamiento de sus datos y modificar/corregir sus datos en todo momento", pero se limita a reiterar esta información sin dar una lista exhaustiva de los tratamientos que efectúa y dónde se explican al usuario entre sus diferentes páginas. La normativa de*

*protección de datos personales establece y la doctrina de la Audiencia Nacional viene considerando que corresponde al responsable o titular del fichero la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar y en este caso FACEBOOK, INC. no ha acreditado que haya obtenido un consentimiento válido de los afectados.*

*Además, ese presunta facilidad no es tal, como se recoge en el hecho probado cuarto, pues durante el proceso de registro se despliega una serie de opciones para completar la configuración de la cuenta, entre ellas, una opción titulada “Conoce la configuración de la privacidad”; sin que esta opción sea de consulta obligada para continuar con el uso de la cuenta de usuario y no quedando, si no se efectúa por el usuario en el momento inicial de uso de la cuenta, un enlace de fácil localización para acceder con posterioridad a dicha opción de configuración, ni se muestre un recordatorio al respecto.*

*En particular, en relación con este tema, esa información es nula en el caso de que, como se ha señalado anteriormente, se recojan datos de usuarios en páginas que no son de FACEBOOK.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que la “AEPD parece cuestionar la proporcionalidad del uso de la cookie “datr” y que “la finalidad de seguridad se ha confirmado y analizado por parte del DPC”. Los informes de la Autoridad Irlandesa a este respecto se basan en aceptar las manifestaciones de FACEBOOK, pero lo que es más importante, es que FACEBOOK, aparte de insistir en sus manifestaciones, no ha presentado evidencias de que ejecute funciones de seguridad y sólo de seguridad. Pero, en todo caso, FACEBOOK no ofrece alegaciones explicaciones sobre el resto de cookies recogidas simultáneamente con la cookie “datr”, que como se establece en el hecho probado decimotercero son ocho cookies más, haciendo un total de nueve cookies, que no se nombran en las alegaciones de FACEBOOK.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que no recoge datos de menores de 14 años, pero no presenta informe pericial o prueba que contradiga lo establecido en el hecho probado duodécimo, de qué sí se recogen, y contradice a sus propias herramientas para configurar las campañas de publicidad que permiten seleccionar a usuarios de 13 años.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que “... la herramienta “DYI” (Descarga tu información) constituyen (sic) una fuente de información sólida de privacidad”, pero más adelante, cuando la AEPD reclama a FACEBOOK que cuando se usa dicha herramienta para descargar la información asociada a un usuario de nueva creación, y se le asocia información de una cookie de un usuario que se canceló hace 17 meses, que eso no es información relativa a ninguno de los usuarios, como se ve en el fundamento de derecho IX en relación a la retención de datos.*

*En las alegaciones, FACEBOOK alude a que “la Política de Datos identifica claramente el rol de Facebook Ireland como responsable del tratamiento”, lo que, según se deriva de los fundamentos anteriores, es una información errónea, y hace confundir al usuario entre el rol de encargado que tiene entre sus funciones la de atención de los derechos con el de responsable del tratamiento.*

*En definitiva, no se da adecuado cumplimiento por parte de FACEBOOK, INC., en lo que respecta a la información facilitada al interesado y no resulta, por ende, ajustada a lo exigido por la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal.*

V



*El artículo 6 de la LOPD dispone, en su apartado 1, lo siguiente:*

*“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.*

*El artículo 3.h) de la LOPD 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 conciernen”, de lo cual se desprende la necesaria concurrencia para que el consentimiento pueda ser considerado conforme a derecho de los cuatro requisitos enumerados en dicho precepto.*

*Como ha señalado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de mayo de 2007:*

*<<El apartado h) del artículo 3 LOPD nos dice que el consentimiento del interesado es toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen. De esta definición se desprende que es necesario que concurren cuatro requisitos para que el consentimiento sea válido a los efectos de legitimar un tratamiento de datos personales. En primer lugar que el consentimiento se preste libremente lo que supone que el mismo ha de obtenerse libre de vicios del consentimiento en los términos regulados en el Código Civil (violencia, intimidación, error...). En segundo lugar que el consentimiento venga referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada y legítima del responsable del tratamiento. No son posibles los consentimientos genéricos o inespecíficos. En tercer lugar, el consentimiento ha de ser informado lo que significa que el afectado o interesado conoce que se va a realizar un tratamiento con sus datos y cuál va a ser el alcance de ese tratamiento. Esta información debe ser expresa, precisa e inequívoca en relación a la existencia del fichero o tratamiento, a la finalidad perseguida por la recogida de los datos y los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas a las preguntas planteadas, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Así lo expresa el artículo 5 al fijar el contenido del derecho de información en la recogida de datos. En cuarto lugar, el consentimiento ha de ser inequívoco lo que excluye el consentimiento presunto, aquel que debe deducirse de los actos realizados por el afectado>>*

*En cuanto a la necesidad de que el consentimiento sea específico, se puede citar el Dictamen 15/2011 del Grupo de Protección de Datos del artículo 29, sobre la definición de consentimiento, que contempla las condiciones generales de validez del consentimiento y determina, en cuanto a la necesidad de que el consentimiento se manifieste a través de una manifestación de voluntad específica, que:*

*“para ser válido, el consentimiento debe ser específico. En otras palabras, el consentimiento indiscriminado sin especificar la finalidad exacta del tratamiento no es admisible.*

*Para ser específico, el consentimiento debe ser comprensible: referirse de manera clara y precisa al alcance y las consecuencias de tratamiento de datos. No puede referirse a un conjunto indefinido de actividades de tratamiento.*



*Esto significa, en otras palabras, que el consentimiento se aplica en un contexto limitado.*

*El consentimiento debe darse en relación con los diversos aspectos del tratamiento, claramente identificados. Esto implica saber cuáles son los datos y los motivos del tratamiento. Este conocimiento debería basarse en las expectativas razonables de las partes. Por tanto, el <<consentimiento específico>> está intrínsecamente relacionado con el hecho de que el consentimiento debe estar informado. Existe un requisito de precisión del consentimiento con respecto a los diferentes elementos del tratamiento de datos: no puede pretenderse que abarque <<todos los fines legítimos>> perseguidos por el responsable del tratamiento. El consentimiento debe referirse al tratamiento que es razonable y necesario en relación con la finalidad...”*

*El consentimiento prestado requiere que la información sea expresa, precisa e inequívoca no sólo en relación con la existencia del fichero o tratamiento sino también en relación con la finalidad específica perseguida con la recogida de datos.*

*Hay que reiterar por ello que el tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) “...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).”*

*En el presente caso concreto, en consecuencia, y en cuanto a la finalidad, la referencias que contiene la Política de Privacidad, se realizan mediante términos inconcretos de los que no cabe deducir, sin duda o equivocación, la finalidad para la cual van a ser tratados los datos, lo que impide que el interesado pueda conocer, como señala el Tribunal Constitucional, “a qué uso lo está destinando y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”.*

*Todo lo expuesto con anterioridad conduce a analizar con más detalle el tema de la finalidad en el momento de la recogida de los datos. La normativa sobre protección de datos de carácter personal exige a los responsables del tratamiento cumplir con los principios de finalidad y de proporcionalidad, recogidos en el artículo 4.1 de la LOPD, cuyo tenor literal dispone que:*

*“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.*

*Este artículo 4 de la LOPD, con la denominación “Calidad de datos”, es el primer precepto del título II dedicado a los “Principios de calidad de datos”, que derivan del derecho fundamental a la protección de datos. El apartado 1 del artículo 4 de la LOPD comienza estableciendo que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para*



su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, de acuerdo con una serie de criterios, que se resumen en el principio de proporcionalidad.

*Este artículo 4.1 de la LOPD consagra el principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos de carácter personal y limitación de los fines, que impide el tratamiento de aquellos que no sean necesarios o proporcionados a la finalidad que justifica el tratamiento, debiendo restringirse el tratamiento de los datos excesivos o bien procederse a la supresión de los mismos. En consecuencia, el tratamiento del dato ha de ser pertinente y no excesivo en relación con el fin perseguido. Únicamente pueden ser sometidos a tratamiento aquellos datos que sean estrictamente necesarios para la finalidad perseguida. Por otra parte, el cumplimiento del principio de proporcionalidad no sólo debe producirse en el ámbito de la recogida de los datos, sino que ha de respetarse, asimismo, en el posterior tratamiento que se realice de los mismos.*

*La Política de Privacidad de FACEBOOK es indeterminada, considerando las expresiones genéricas y poco claras que utiliza, así como la multitud de enlaces que han de manejarse para conocerla en su totalidad. Hace referencia a una serie de finalidades caracterizadas por su imprecisión y no especifica los servicios y datos personales que se asocian a dichas finalidades.*

*Como ya se indicó más arriba, el usuario de FACEBOOK (con un conocimiento medio de las nuevas tecnologías) no llega a ser consciente, de la recogida de datos, ni de su almacenamiento y posterior tratamiento ni de las finalidades a las que se destinarán dichos datos. Sobre todo, ha de destacarse en este punto que los internautas no registrados desconocen la recogida de datos de su navegación.*

*Un consentimiento válido requiere asimismo un consentimiento inequívoco que permita al afectado ejercer un efectivo control sobre sus datos y le garantice su poder de disposición sobre los mismos.*

*El consentimiento debe ser inequívoco, de modo que sea evidente sin que admita duda o equivocación.*

*En los hechos probados segundo y tercero se establece que, en el propio registro inicial en FACEBOOK, al proporcionar los datos personales básicos, el botón a presionar está etiquetado como "Terminado", sin que, como ocurre en muchas otras aplicaciones, se obligue, con las correspondientes ventanas emergentes, a leer las condiciones y hacer clic con leyendas como "Acepto" y otras similares, o con tecnologías de deslizamiento, que no dejen lugar a la duda.*

*En los hechos probados tercero y cuarto se establece que no es obligatorio acceder a la política de privacidad ("política de datos") para continuar en el proceso de registro de un usuario nuevo y, aunque se despliega una serie de opciones para completar la configuración de la cuenta, entre ellas, la titulada "Conoce la configuración de la privacidad", esta opción no es de consulta obligada. Además, y si no se efectúa por el usuario en ese momento inicial, no queda un enlace de fácil localización para acceder con posterioridad y sin que se muestre ningún recordatorio de ello (folios 30, 155 a 170 y 829).*

*Para que el consentimiento sea válido por tanto debe ser inequívoco, aparte de informado y específico, como ya se ha razonado, de forma que pueda considerarse que el interesado lo ha prestado de forma indubitada y sin haber sido o podido ser inducido a error. Con ello se asegura al afectado un efectivo poder sobre sus datos y se le garantiza la toma de decisiones acerca de su disposición.*



*Dice la sentencia, por todas, de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009 que: "El adjetivo "inequívoco" que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española "que no admite duda o equivocación" y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.*

*La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.*

*Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD".*

*En el caso que nos ocupa, tal y como ha quedado acreditado, el potencial usuario de FACEBOOK no tiene por qué haber aceptado las condiciones de la política de privacidad para concluir el proceso de alta, lo que hace que el consentimiento no sea inequívoco pudiendo considerarse por tanto que los términos que aparecen a la vista del futuro usuario en el proceso de registro, respecto a ese clic, inducen a error acerca del tratamiento en un usuario con un conocimiento medio de las nuevas tecnologías, como ya se ha indicado.*

*En consecuencia, y dado que el uso de Internet permite formas muy sencillas y extremadamente automatizadas para la recopilación de todo tipo de datos (en muchas ocasiones de un modo poco o nada transparente, con una inmensa difusión) se hace obligado que en la práctica el procedimiento para la obtención del oportuno consentimiento informado no se lleve a cabo con un simple clic, como ocurre en el presente caso concreto con un recuadro con una expresión "Terminado". Esto provoca que tal consentimiento no llegue a ser inequívoco, como determina la normativa.*

## VI

*Tras el análisis de las circunstancias preliminares expuestas, debe abordarse, en primer lugar, el examen de la infracción del artículo 6.1 de la LOPD que se imputa a FACEBOOK INC.*

*El artículo 6 establece que la ausencia de información o una información insuficiente sobre los extremos recogidos en el artículo 5 de la LOPD determina la falta de consentimiento para el tratamiento de los datos. Esta información defectuosa se ha establecido en el fundamento de derecho IV.*

*El artículo 6 también establece que el consentimiento ha de ser específico y, que en el caso que nos ocupa, este no lo es, como se ha establecido en el fundamento de derecho V.*

*Finalmente, el artículo 6 establece que el consentimiento ha de ser inequívoco y, que en el caso que nos ocupa, este tampoco lo es, como se ha establecido en el fundamento de derecho VI.*

*Por consiguiente, dado que ha quedado acreditado que el consentimiento de los*



*sujetos de los datos, tantos los usuarios de FACEBOOK como los usuarios de Internet que sin ser de FACEBOOK han visto sus datos tratados por la entidad, no ha sido recabado conforme a varias de las exigencias establecidas en la LOPD, y de que no concurre ninguna de las excepciones establecidas en los artículos 6.2 de la LOPD y 7 f) de la Directiva 95/46/CE que vendrían a eximir de cumplir dicho requisito, se ha producido la comisión por parte de FACEBOOK, INC. de una infracción del ya citado artículo 6.1 de la LOPD, en este caso en concreto, en relación con los artículos 5 y 4.1 y 2 de la misma norma, así como en relación con el artículo 13 del RLOPD; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, que considera como tal “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”, pudiendo ser sancionada, con multa de 40.001 euros a 300.000 euros, de acuerdo con lo establecido en artículo 45.2 de la LOPD.*

## VII

*Realizadas las anteriores consideraciones procede a continuación analizar la infracción que se imputa a FACEBOOK, INC. del artículo 7 de la LOPD, Datos especialmente protegidos”, que establece en sus apartados 1 a 4 lo siguiente:*

*“1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

*Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.*

*2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.*

*3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.*

*4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual”.*

*En el hecho probado vigesimoséptimo se establece que se recogen datos especialmente protegidos en la configuración del perfil de los usuarios, como son los de creencias e ideología.*

*En los hechos probados del trigésimo al trigésimo cuarto se establece que FACEBOOK ofrece herramientas para diseñar campañas publicitarias que permiten seleccionar público objetivo en función de un perfilado realizado con datos especialmente protegidos.*

*En los hechos probados del trigésimoquinto al trigésimoséptimo se establece*



que FACEBOOK trata las preferencias de navegación de los usuarios en su red social para perfilarlos mediante datos especialmente protegidos y así ofrecerles contenido en relación con dicho perfil.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude que en su Política de Publicidad que publica en la página web “[www.facebook.com/policies/ads/#](http://www.facebook.com/policies/ads/#)” que “No utilizamos información personal sensible para segmentar los anuncios. Los temas que elijas para segmentar tu anuncio no reflejan las creencias personales, las características, ni los valores de las personas que usan Facebook o Instagram”. Esta declaración pública constituye, desde nuestro punto de vista, un agravante pues desinforma a los usuarios de FACEBOOK sobre la utilización de sus datos especialmente protegidos y ahonda en la certeza de que se tratan los mismos sin su consentimiento expreso y escrito.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude a que “la herramienta para dirigir la publicidad no permite que los anunciantes segmenten la publicidad a un objetivo basándose en datos personales sensibles”, cuando en el hecho probado trigesimosegundo se establece que la herramienta de perfilado de publicidad incluye los campos “Vida sexual”, “Creencias” o “Salud”, entre otros.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude a que la información sobre el estado civil y la composición del hogar no son datos especialmente protegidos. Sin entrar en discusión de que hasta qué punto la extensión de la información asociada a dichos campos pudieran llegar a ser un dato especialmente protegido combinado con el resto de datos, no discute en ningún momento que los de “Vida sexual”, “Creencias” o “Salud”, sí sean datos especialmente protegidos.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude a que la AEPD confunde el concepto “Páginas Sugeridas” con el de “Publicidad”. Sin embargo, las herramientas que pone a disposición de sus usuarios para controlar el uso de sus datos personales a la hora de mostrar lo que FACEBOOK denomina “Páginas Sugeridas” se encuentra etiquetada en la red social como “Configuración de Anuncios”, “Anuncios basados en mi uso ....”, “Anuncios basados en mis preferencias”, etc, como aparece en los hechos probados del trigesimoquinto al trigesimoséptimo.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude a que la información basada en intereses no puede considerarse información sensible según se define dato sensible en la Directiva y el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre categorías especiales de datos. En primer lugar, existe una recogida específica de datos, e incluso se anima al usuario, a que manifieste sus creencias e ideologías concretas. Por otro lado, en la herramienta de perfilado de publicidad se especifican opciones como, literalmente, “Soy Homosexual”, lo que no es una declaración genérica de intereses.

Por lo tanto, FACEBOOK trata datos especialmente protegidos para múltiples propósitos.

## VIII

Tal y como establece el artículo 7, en el caso de FACEBOOK, la única base legal para tratar los datos especialmente protegidos es el consentimiento, que además ha de ser expreso y por escrito. Además, FACEBOOK no ha alegado que incurra en alguna de las excepciones en el apartado 7.2.

Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos IV, V y VI, el consentimiento para tratar, en particular, los datos especialmente protegidos, no cumple con las exigencias establecidas para que el consentimiento sea válido, a lo que se



*añade lo establecido en los hechos probados vigesimoquinto y vigesimosexto, sobre que FACEBOOK no informa de que tipología de datos se recogen, en particular para lo que interesa en este fundamento, que no se informa que se tratan datos especialmente protegidos,.*

*En cuanto al consentimiento expreso, en ningún momento se recaba el mismo en el proceso de recogida de datos directamente por el usuario o indirectamente de su actividad en la red social.*

*Para el caso particular del tratamiento de los datos especialmente protegidos con el propósito de publicidad, los hechos probados decimocuartos y vigesimoquinto establecen que las herramientas que se ponen a disposición de los usuarios para el control de la publicidad mostrada no se establece un régimen de preferencias para el tratamiento de datos especialmente protegidos, no se solicita el consentimiento a priori para dicho tratamiento, sino que por defecto se tratan todos los datos personales por igual con el fin publicitario ya detallado. Es más, las opciones de configuración permiten al usuario que, en efecto, FACEBOOK no muestre anuncios basados en su perfil, pero no implican que no se recoja ni se trate la información para crear un perfil asociado al usuario y que conserve de forma indefinida, como se establece en el hecho probado trigesimoséptimo.*

*Como se establece en los hechos probados segundo y tercero, el único registro que realiza el usuario para que FACEBOOK inicie el tratamiento de datos especialmente protegidos es pulsar un botón denominado "Terminado" que no es independiente de la acción para tratar el resto de los datos recogidos, que no hace referencia a que dicha acción suponga que se traten datos especialmente protegidos y que, como no obliga a consultar la política de privacidad, no permite conocer al usuario de forma expresa para qué tratamientos se está recabando su consentimiento.*

*En el mismo sentido el hecho probado cuarto establece que la opción titulada "Conoce la configuración de la privacidad" no es de consulta obligada para continuar con el uso de la cuenta de usuario, por tanto no permite obtener el consentimiento expreso en relación con los datos especialmente protegidos.*

*En definitiva, el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de sus datos especialmente protegidos no ha sido recabado conforme a las exigencias de la LOPD, ya que no es un consentimiento válido, no es expreso y no es por escrito y, puesto que no concurren ninguna de las excepciones establecidas en el artículo 7 de la LOPD que vendrían a eximir de cumplir dicho requisito, se ha acreditado la comisión por parte de FACEBOOK, INC. de una infracción del ya citado artículo 7 de la LOPD; infracción tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma, que considera como tal "Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7", pudiendo ser sancionada, con multa de 300.001 euros a 600.000 euros, de acuerdo con lo establecido en artículo 45.3 de la LOPD.*

## IX

*Finalmente procede analizar la infracción del artículo 4.5 de la LOPD, que establece que:*

*"Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.*



*No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.*

*Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos”.*

*En estrecha relación con esto, el artículo 16.2 de la LOPD establece que:*

*“Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos”. Y el apartado 3 del mismo artículo 16 dispone que “La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”.*

*Este último precepto, a su vez, se complementa con la previsión contenida en el artículo 16.5 de la LOPD, según el cual:*

*“los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”.*

*Así, a menos que exista otra base jurídica, y sin que sea necesario que el interesado solicite la cancelación, cuando los datos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados deberán bloquearse durante el plazo necesario para atender las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, transcurrido el cual debe procederse a la supresión definitiva. Durante dicho plazo los datos bloqueados quedan a disposición, únicamente, de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales.*

*En los hechos trigesimosexto al trigesimoséptimo se establece que cuando un usuario configura sus opciones de privacidad para no recibir anuncios, la información de perfilado recogida por FACEBOOK a partir de sus hábitos de navegación no se elimina, sino que se retiene y se reutiliza posteriormente asociada al mismo usuario.*

*El hecho trigesimoctavo establece que se conservan durante al menos 11 meses las direcciones IP desde las que se han ido realizando accesos a la cuenta, sin que hayan sufrido ningún tipo de enmascaramiento o anonimización, y sin una finalidad justificable.*

*El hecho trigesimonoveno establece que dicha dirección IP permite identificar la fecha del acceso, identifica correctamente la población, el proveedor de servicios y la localización sobre un mapa con un error de 1 kilómetro y, asociada a esa dirección, aparte de la fecha, está la hora UTC, la zona horaria, así como información identificativa del navegador, sistema operativo y otros datos identificativos del dispositivo, además de la cookie accedida.*

*El hecho cuadragésimo establece que, con relación a la conservación de datos asociados a cuentas eliminadas de las que se solicitada el borrado de los datos, la información relativa a una cookie de la cuenta eliminada se almacena durante más de*



17 meses, y que, si se crea una nueva cuenta asociada a un correo electrónico con el mismo nombre, esa información se asocia al nuevo usuario. Incluso se tiene constancia que durante dichos 17 meses se sigue recogiendo y tratando información.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude que un periodo de conservación de las direcciones IP de al menos 11 meses “no vulnera la legislación de la UE”, ni que la LOPD ni la Directiva “exigen un periodo máximo de conservación específico o fijo para ningún tipo de dato personal”. La última afirmación se comparte, ya que la normativa española exige que los datos sean cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

En sus alegaciones FACEBOOK declara unos “fines de seguridad importantes” en la conservación de las direcciones IP que no concreta en ningún momento. Alude al artículo 17.1 de la Directiva confundiendo “control de acceso” con “registro de acceso”. Alude al artículo 103 de RLOPD que exige la conservación de los registros de acceso durante dos años, aunque dicho artículo no establece la obligación de conservar direcciones IP ya que no se encuentra en el conjunto de información que es exigible almacenar, y además dicho artículo es obligatorio sólo si, a su vez, es de obligación implementar medidas de seguridad de nivel alto. Alude a que “el DPC (Autoridad Irlandesa) llevó a cabo un análisis técnico y no formuló objeción alguna sobre las políticas de protección de datos”.

Dicho análisis técnico realizado en el marco de unas actuaciones de supervisión de las que no dan noticias que hayan finalizado con una decisión formal. Además, dicho informe de auditoría del 21 de diciembre de 2011, contiene en la “Lista de Recomendaciones y Hallazgos” la recomendación de la Autoridad Irlandesa de eliminar los datos personales recogidos cuando el propósito para los que habían sido recogidos habían cesado, y junto a esa recomendación aparecía el compromiso de FACEBOOK de eliminar de los log de los plug-in sociales el último octeto de la dirección IP, borrar de los logs del plug-in social la cookie fijada por el navegador cuando una persona visita las páginas de FACEBOOK, y se comprometía a acortar significativamente los periodos de retención de la información de los log de acceso.

En sus alegaciones, FACEBOOK (basándose en el informe pericial \*\*\*INFORME.1, de 26 de mayo de 2017) alude que la información asociada mediante las cookies durante más de 17 meses a un usuario dado de baja, y que se asigna a un nuevo usuario, no es información de carácter personal asociada a un usuario concreto, sino que “identifica a los navegadores con fines de seguridad e integridad del sitio”. Pero entra en contradicción cuando admite que esa información se descarga utilizando la herramienta DYI (descarga tu información, la del usuario), por lo que el propio FACEBOOK la relacionó con la actividad del nuevo usuario. En todo caso la información, que se obtiene a través de la cookie datr se instalase o no por la mera visita de páginas de terceros alojadas en FACEBOOK, pero sí en el resto de los supuestos reconocidos en ese informe pericial, se recaba sin ofrecer al internauta la debida información sobre su instalación ni le posibilita prestar el debido consentimiento.

En dicho informe, en el apartado 3.10 titulado “Borrado de cuentas” la Autoridad Irlandesa manifiesta que realiza el estudio de dicho borrado precisamente por la preocupación surgida de que un periodo de 90 días para el borrado de la información personal después de una solicitud de un usuario es excesivo y en sus recomendaciones establece un máximo de 40 días.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude los objetivos de seguridad para conservar esa información durante, al menos, dos años (cada vez que se accede a la

cookie, se renueva el periodo de conservación), pero ni durante las actuaciones de inspección ni durante las alegaciones concreta dichas funciones de seguridad, y no justifica con la asociación de esa información a un nuevo usuario. Además, en el informe de la Autoridad Irlandesa antes citado, en el apartado 3.5.2, la misma Autoridad manifiesta que espera que FACEBOOK reduzca este periodo, en una censura clara al exceso en la retención de los datos recogidos por dicha cookie.

En sus alegaciones, FACEBOOK alude al peritaje realizado por la entidad FOREST DIGITAL EVIDENCE, S.L. (Informe Pericial \*\*\*INFORME.1 de 26 de mayo de 2017), que afirma, en relación con la geolocalización, que la precisión de la geolocalización de direcciones IP, es proclive a errores, incluso de localidad, dada la operativa de asignación por parte de los operadores de telecomunicaciones, que no siempre se realiza de forma ordenada y previsible y que en la prueba realizada el radio de precisión que daba la herramienta era de 164 kilómetros, no de 1 kilómetro. Pero en los hechos probados no se alude al radio de precisión, sino al mapa en concreto de localización que proporciona la herramienta y que aparece en el Anexo II de la diligencia de 20 de febrero de 2017 de las Actuaciones de Inspección y en el que se ve un mapa donde se localiza la dirección IP en el área del Parque Retiro, parque que se encuentra aproximadamente a un kilómetro de distancia de las oficinas desde las que se realizaron las pruebas.

En consecuencia, los datos personales de los usuarios no son cancelados en su totalidad ni cuando han dejado de ser útiles para el propósito por el que fueron recogidos ni cuando el usuario explícitamente solicitó su eliminación, conforme a las exigencias de la LOPD.

Por lo tanto, concluir que, considerando que los datos personales de los usuarios no son cancelados de forma efectiva conforme a las exigencias de la LOPD, existe la comisión por parte de FACEBOOK, INC. de una infracción del ya citado artículo 4.5 de la LOPD, en este caso en concreto, en relación con el artículos 16 de la misma norma; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma, que considera como tal: "Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave", pudiendo ser sancionada, con multa de 40.001 euros a 300.000 euros, de acuerdo con lo establecido en artículo 45.2 de la LOPD.

X

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2 a 5, establece que:

«2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.



- e) *Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) *El grado de intencionalidad.*
- g) *La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) *La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) *La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) *Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

5. *El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
- b) *Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) *Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) *Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) *Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.»*

*En este caso, procede graduar las sanciones a imponer de acuerdo con los siguientes criterios, recogidos en el citado apartado 4 del artículo 45 de la LOPD, que operan en el presente caso como circunstancias agravantes:*

*Por el carácter continuado de la infracción (apartado a), dado que FACEBOOK INC ha estado tratando los datos de los afectados con infracción de los dispuesto en los artículos 6, 7 y 4.5 de la LOPD, al menos durante todo el tiempo que han durado las actuaciones de investigación llevadas a cabo por los servicios de inspección de esta Agencia, resultando patente la continuidad infractora.*

*Por el volumen de los tratamientos efectuados (apartado b), pues se estima que FACEBOOK tiene 1.500 millones de usuarios, 21 millones en España.*



*Por la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de carácter personal (apartado 4.c), pues la actividad empresarial de la entidad imputada exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal, tanto de sus clientes como de terceros.*

*Por el volumen de negocio o actividad del infractor (apartado 4.d), ya que el elevado volumen de facturación de FACEBOOK resulta público y notorio. En los medios de comunicación se ha difundido que los ingresos crecieron de enero a marzo de 2017 un 49%, hasta los 7.376 millones de euros, frente a los 4.943 millones que consiguió en el mismo trimestre de 2016.*

*Por los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción (apartado e); hay que recordar que se sanciona a FACEBOOK en este caso por el tratamiento de los datos de los usuarios de la red social sin su consentimiento y por la ausencia de cancelación de tales datos y que los ingresos de FACEBOOK se basan en el uso de dichos datos con fines publicitarios, resultando, como ya se ha indicado en el punto anterior, público y notorio el elevado volumen de beneficios que obtiene FACEBOOK por ese tratamiento. Se han estimado en una cantidad de 3.690 millones de dólares en 2015 y de 1.500 millones de dólares en el primer trimestre de 2016. Por otra parte, los medios de comunicación informan que obtuvo en el primer trimestre de 2017 un beneficio neto de 2.814 millones de euros, lo que supone un incremento del 76 % con respecto al mismo periodo del año anterior, cuando logró 1.738 millones.*

*En relación con el grado de intencionalidad (apartado 4.f), conviene recordar que el elemento de la exigibilidad de una conducta diferente es considerado por el Tribunal Supremo como un elemento delimitador de la culpabilidad de las conductas sancionables (por todas, ver las sentencias de fechas 23 de octubre de 2006 y 22 de noviembre de 2004), ya que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Así, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.*

*La Audiencia Nacional exige a las entidades habituadas al tratamiento de datos de carácter personal que observen un adecuado nivel de diligencia, así indica en su Sentencia de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006):*

*“...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al*



respecto”.

*En este caso si bien no es posible sostener que FACEBOOK haya actuado intencionadamente o con dolo, no cabe ninguna duda de que ha incurrido en una grave falta de diligencia. El elevado volumen de tratamientos que realiza se traduce en un deber de extremar la diligencia y de actuar con un mayor rigor a fin de garantizar una tutela efectiva del derecho fundamental que nos ocupa, lo que no consta que haya hecho>>>.*

### III

En relación con las alegaciones de FACEBOOK, INC. de caducidad de las actuaciones previas de investigación realizadas por esta Agencia, base del procedimiento sancionador PS/00082/2017 tramitado, hay que indicar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 122.4 del RLOPD, las actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el artículo 2 hubieran tenido entrada en el Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquéllas, como es el caso, desde que el Director de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones.

En el presente caso concreto, la documentación de referencia E/01147/2015/I-01 forma parte del expediente E/01135/2016, que se incorpora a efectos probatorios, con el resto de las actuaciones de investigación que la Agencia ha practicado por parte de su Inspección de Datos.

De este modo, como consta en el expediente, el presente procedimiento sancionador PS/00082/2017 se ha iniciado a raíz de las actuaciones previas de investigación E/01135/2016, abiertas por orden de la Directora de esta Agencia en fecha 8 de marzo de 2016 y, por otra parte, el Acuerdo de inicio de este procedimiento sancionador, cuya resolución aquí se recurre, fue notificado a la entidad imputada en fecha 7 de marzo de 2017; por lo que no habría transcurrido dicho plazo de doce meses.

En relación con este tema, y si bien está referida incluso a procedimientos y no a investigaciones preliminares, hay que indicar que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 señala que *“la caducidad declarada en un procedimiento sancionador, no constituye obstáculo alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción”*. Por tanto, la STS consideraba plenamente aplicable en el caso enjuiciado a los procedimientos sancionadores el antiguo artículo 92.3 de la derogada LRJPAC y afirma que la caducidad de un expediente sancionador no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración.

A la luz de la doctrina del TS anteriormente citada, como ya hemos indicado, es ajustado a Derecho abrir un expediente sancionador, en tanto la infracción no haya prescrito, como es el caso, y sería correcto que este procedimiento sancionador se apoye en los documentos que se recabaron en su día, obrantes por otra parte en los archivos de esta Agencia.

En consecuencia, las alegaciones de caducidad realizadas por parte de FACEBOOK, INC. deben ser desestimadas.

#### IV

Por lo tanto, y con excepción de lo analizado en el fundamento jurídico anterior, en el presente recurso de reposición, FACEBOOK INC. no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por **FACEBOOK INC.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 21 de agosto de 2017, en el procedimiento sancionador **PS/00082/2017**.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente Resolución a **FACEBOOK, INC.**, en su domicilio social, y también a través de FACEBOOK SPAIN SL como establecimiento del responsable en España para que dé traslado de la misma a FACEBOOK INC.

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, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos