

863-240719

Procedimiento Nº: A/00005/2019

RESOLUCIÓN: R/00203/2019

En el procedimiento A/00005/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L., y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 3 de noviembre de 2018 de septiembre de 2018 Don **A.A.A.**, (en adelante el reclamante), interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos exponiendo que el responsable de la la página web “*****URL.1**” no proporciona información relativa al registro y tratamiento de datos ni al uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (cookies o DARD).

SEGUNDO: Tras la recepción de la reclamación los Servicios de Inspección de esta Agencia han tenido conocimiento de los siguientes hechos como consecuencia de las actuaciones practicadas:

2.1 Con fecha 26 de diciembre de 2018 se registra de entrada en esta Agencia escrito de CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L., entidad responsable de página web *****URL.1**, (en adelante el reclamado o CUATRO DATOS), en el que, en contestación al requerimiento de información que le fue efectuado señalan lo siguiente:

- La web tiene como finalidad poner en contacto a usuarios para facilitarles el intercambio de cromos.

-Con fecha 24 de diciembre de 2018 remitieron un envío postal por Burofax al reclamante, que es usuario registrado y activo del mencionado sitio web, indicándole que con fecha 6 de noviembre de 2011 aceptó la Política de Privacidad y Condiciones de uso de la página web citada al registrarse como usuario, aceptando con fecha 24 de marzo de 2018 las modificaciones introducidas en dichos documentos. Le informan que el sitio web muestra a todos los visitantes un aviso de uso de cookies, que se completa con un enlace que dirige a la “Política de Cookies”, en la dirección *****URL.2**. Asimismo, le señalan que puede consultar la información sobre la Política de Privacidad del sitio a través del enlace que se encuentra en el pie de todas las páginas o dentro de la sección “Ayuda del menú” en el lateral izquierdo o bien directamente a través de la dirección *****URL.3**. También le facilitan una dirección de correo electrónico para darse de baja de su cuenta de usuario o consultar cualquier duda relativa al tratamiento de sus datos personales.

- En cuanto a la Política de Privacidad, se señala que en la pantalla de registro de nuevos usuarios del sitio web se proporciona un enlace directo a la Política de

Privacidad, admitiéndose únicamente el registro de un nuevo usuario si ha marcado la casilla de aceptación de la Política de Privacidad. Cada vez que se actualiza la Política de Privacidad se solicita la renovación del consentimiento otorgado a los usuarios activos una vez que se han identificado. La página de actuación de políticas cuenta con un acceso directo a la Política de privacidad para que el usuario la revise antes de renovar el consentimiento.

Se aporta impresión de la pantalla “Aceptación condiciones de uso y privacidad”, que muestra el siguiente contenido: *“Hemos actualizado las condiciones de uso y privacidad con fecha: 09/04/2018. A partir de hoy está prohibido el uso de la página a menores de 18 años. En el siguiente enlace puedes leer las condiciones: Ver Condiciones de uso y política de Privacidad. Pulsa el botón Aceptar, para poder seguir utilizando la página. Aceptar. En caso contrario para solicitar tu baja: envía un correo con asunto “BAJA admin” a ***EMAIL.1*

La Política de Privacidad está siempre accesible desde todas las páginas del sitio en la opción de menú “Ayuda”.

- Todo visitante del sitio recibe un aviso en forma de ventana emergente que se muestra en la parte inferior de la pantalla informando sobre el uso de cookies, el cual incluye un enlace que al pulsar “Mas información” lleva a una descripción detallada sobre tales dispositivos, conteniendo también un botón para la aceptación de su uso. Adjunta impresión de pantalla mostrando la información ofrecida en dicho aviso y en el documento de Política de Cookies al que se accede pulsando el referido enlace.
- Comunican la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: Se ha actualizado y ampliado el diseño de los avisos para incluir más información en la primera capa que se amplía en una segunda capa más detallada. Se han añadido enlaces directos a la Política de Privacidad y Política de Cookies al pie de todas las páginas del sitio.

Se aporta impresión del contenido del aviso que actualmente aparece al registrarse como usuario del sitio web y casillas a cumplimentar por el usuario con los textos *“Acepto condiciones de uso y política de privacidad (Ver)”* y *“Certifico que soy mayor de 18 años”*. También se aporta impresión de la Política de Privacidad y Condiciones de uso que indica se suscribieron por el reclamante así como impresión del citado documento una vez rediseñado su contenido.

2.2 Como resultado del acceso realizado al mencionado sitio web con fecha 11 de febrero de 2019 se constatan los siguientes hechos:

2.2.1 En cuanto a la Política de Privacidad se comprueba:

La información ofrecida en el documento de Política de Privacidad por el responsable del tratamiento, en este caso CUATRO DATOS, a los usuarios cuyos datos personales recaba vía formulario responde a las exigencias contenidas en el artículo 13 del del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), que determina la *“Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado”*.

En dicho documento la información facilitada se estructura en torno a los siguientes apartados: 1. Datos del responsable del tratamiento, facilitando la razón

social, CIF, domicilio postal y correo electrónico de CUATRO DATOS; 2 Normativa aplicable; 3 Principios que se aplican a la información personal; 4 Finalidad del tratamiento de los datos personales; 5. Causa legitimadora del tratamiento de datos personales; 6. Categorías de datos personales tratados; 7 Medidas de seguridad que se aplican; 8 Destinatarios a los que se comunican los datos; 9 Derechos del usuario; 10 Cambios en la política de privacidad.

En el detalle de las finalidades del tratamiento se cita: *“Enviar comunicaciones comerciales; boletines, promociones y ofertas especiales y gestionar la lista de suscripciones facilitados por el usuario”*. Si bien no se indica, se observa que dicho documento deberá adecuarse a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, si dichas comunicaciones comerciales también pasarán a remitirse por medios de comunicación electrónica, debiendo el responsable del tratamiento y prestador de servicios de la sociedad de la información facilitar al usuario, y destinatario de este tipo de envíos, un mecanismo sencillo y gratuito en el momento de recogida de los datos para poder oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, que deberá ser una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida cuando los envíos vayan a realizarse por correo electrónico.

2.2.2 En cuanto a la Política de Cookies se comprueba:

- Que al acceder al sitio web en las diferentes páginas del mismo aparece una ventana emergente con el siguiente aviso: *“Utilizamos cookies propias y de terceros para obtener datos estadísticos de la navegación de nuestros usuarios, mostrar publicidad y mejorar nuestros servicios. Si acepta o continúa navegando, consideramos que acepta su uso. Más información.”* junto a la cual aparece un botón con el texto *“Entendido”*. (El subrayado es de la AEPD)

El texto del botón *“Más información”* es un enlace que remite a una segunda capa de información denominada *“Política de Cookies”* organizada en tres apartados:

1. Cookies, donde se definen las cookies y se indica que se pueden eliminar en cualquier momento desde el ordenador o cambiar la configuración del mismo para *“declinarlas”*.

2. Enlaces a terceros;

3. Tipos de cookies. Se informa del uso de cookies analíticas del servicio de Google Analytics, Cookies Técnicas y Funcionales para el funcionamiento de la página web, Cookies de Publicidad y Publicidad comportamental y Cookies Sociales.

En las cookies de publicidad no se citan las procedentes del dominio doubleklik.net cuya descarga fue observada con fecha 11 de febrero de 2019 tanto antes como después de navegar por el sitio web.

Finalmente, se adjuntan una serie de enlaces para consultar y/o configurar las opciones de privacidad, si bien los enlaces facilitados para Chrome, Internet Explorer, cookies de Google, de publicidad personalizada y cookies de Facebook no conducen directamente a la información relativa al modo de desinstalarlas o eliminarlas.

Esta segunda capa tampoco informa claramente sobre el derecho a retirar el consentimiento prestado ni sobre el mecanismo establecido para ello.

En cualquier caso, se observa que la información ofrecida en esta segunda capa sobre la desactivación de cookies, además de genérica, es incompleta, ya que no proporciona el enlace del “Complemento inhabilitación para navegadores de Google Analytics” que facilita la información necesaria para poder bloquear las cookies analíticas de dicho servicio en función del navegador utilizado por el usuario, localizable en la página web *****URL.4**

2.4 Con fecha 11 de febrero de 2019 se accede a la configuración del navegador (GOOGLE CHROME), y después de borrar todas las cookies almacenadas, se vuelve a acceder la página web *****URL.1**, comprobándose que sin haber realizado ningún tipo de acción, como pulsar el botón de “Entendido”, ni haber tampoco navegado por dicha página web, se habían instalado las siguientes cookies analíticas persistentes del Servicio de Google Analytics _utma, _utmb, _utmc, _utmt, _utmz, así como la cookies publicitarias DSID e IDE del dominio doubleclick.net

Es decir, la instalación o descarga de dichos dispositivos se produce sin mediar el consentimiento informado del usuario que accede al sitio web.

Al pie de las diferentes páginas web se muestran los enlaces denominados “Política de Privacidad y Condiciones de uso” y “Política de Cookies”, si bien sólo resultan visibles cuando desaparece el aviso de la primera capa informativa sobre el uso de cookies.

TERCERO: Consultada con fecha 12 de febrero de 2019 la aplicación de la AEPD que muestra información sobre de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, no constan registros previos por infracción del artículo 22.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico asociados a CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L.

CUARTO: Con fecha 19 de febrero de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00005/2019, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), con relación a la reclamación por infracción del artículo 22.2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 g) de dicha norma. Dicho acuerdo fue notificado al reclamado con fecha 20 de febrero de 2019.

QUINTO: Con fechas 11 y 19 de marzo de 2019 se recibe en esta Agencia escrito de la representante legal del reclamado adjuntando informe de las medidas correctoras llevadas a cabo para subsanar la situación irregular comunicada, que ilustran incluyendo capturas de los cambios que detallan.

En relación con el apartado 2.2.1 señalan que a fin de aclarar la información, en la página de registro se ha incluido una casilla desmarcada junto con el texto “Acepto comunicaciones comerciales”, de modo que el usuario al registrarse pueda otorgar o no dicho consentimiento. Añade que se ha modificado la “Política de Privacidad” incluyendo información sobre el proceso de revocación del consentimiento y facilitando una dirección de correo electrónico a la que remitir un envío con el asunto “Baja Comercial”.

En relación con el apartado 2.2.2, relativo al tratamiento de cookies señalan la realización de las siguientes acciones correctoras:

El aviso de cookies se ha cambiado de la parte inferior a la parte superior de la página, y se ha incluido en el mismo un enlace directo a la página de “Política de Cookies” y un enlace al configurador de cookies por categorías. También se ha recodificado la programación interna del sitio, para que con anterioridad a que el usuario otorgue su consentimiento sólo se instalen las cookies imprescindibles para poder mostrar la página y gestionar el aviso de cookies.

Se aporta captura que muestra la nueva ubicación del “Aviso de Cookies” y su contenido, que reza: *“Utilizamos cookies para personalizar contenido y anuncios, proporcionar funciones de redes sociales y analizar nuestro tráfico. También compartimos información sobre cómo usted utiliza nuestro sitio con nuestros socios de redes sociales, de publicidad y de analítica. Más información. Configuración de cookies. Aceptar cookies.”*

Se indica que pulsando el enlace “Configuración de cookies”, se accede al “configurador de cookies”, que permite gestionar el consentimiento de forma granular por categorías de cookies relacionadas. Cada apartado explica la utilidad de las cookies de la categoría y las consecuencias si se desactivan. Sólo hay una categoría de cookies necesarias que no se puede desactivar.

Aportan captura del “configurador de cookies” que describe las categorías de cookies necesarias, cookies de rendimiento, cookies funcionales, cookies dirigidas y Más información. Hay una opción para “Permitir todo” y otra para “Guardar configuración” Por categoría hay un botón que activa o inactiva las cookies.

También señalan que se ha añadido un apartado denominado “Preferencias”, que incluye un enlace al gestor de cookies, de modo que el usuario puede revocar su consentimiento en cualquier momento.

Se ha actualizado la página “Política de Cookies”, detallándose los tipos de cookies utilizadas, procedimientos de eliminación de cookies para los navegadores más habituales, lista de las cookies utilizadas con su descripción, además de enlaces a diversas utilidades para gestionar la publicidad de las diferentes redes publicitarias. Adjuntan captura de la “Política de Cookies”.

SEXO: Con fechas 30 de abril y 1 de agosto de 2019 se accede al sitio web *****URL.1**, comprobándose los siguientes hechos:

- Que la primera y segunda capa correspondiente a la información de cookies coinciden con la aportada por el reclamado
- El “Aviso de Cookies” de la primera capa se ha trasladado de la parte inferior a la parte superior de la página. Se comprueba que este aviso no informa sobre si las cookies son propias o de terceros. Por otra parte, mientras incluye un botón que permite “Aceptar Cookies” no ofrece otro botón para “Rechazar Cookies.
- El panel de configuración de cookies o “Centro de preferencia de privacidad” cuenta con un botón para “Permitir todo” y otro para “Guardar configuración” elegida por el usuario, pero no implementa un botón para rechazar todas las cookies.
- En el segundo nivel de información o “Política de Cookies” se observa:

- No se informa sobre el periodo de conservación de los datos para los diferentes fines para los que se utilizarán las cookies.
- En el caso de las cookies funcionales, no se identifica si la información obtenida se tratará sólo por el responsable o editor del sitio y/o por terceros, que deberán identificarse.
- En el acceso efectuado con fecha 1 de agosto de 2019 se constata que tan pronto como se entra al portal se instalaban las cookies _cfduid de los dominios *****dominio.1** y *****dominio.2** y la cookie NID del dominio *****dominio.3** sin haberse efectuado ningún tipo de acción o navegación por el sitio ni haber aceptado el uso de cookies. Estas cookies también se descargaron después de guardar la configuración seleccionada, que mantenía inactivas las cookies dirigidas.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La sociedad CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L., responsable del sitio web *****URL.1**, informa sobre el uso de cookies mediante un sistema de capas, conforme se ha comprobado en los accesos efectuados al citado portal con fechas 11 de febrero, 30 de abril y 1 de agosto de 2019.

SEGUNDO: En la visita efectuada al sitio web *****URL.1** con fecha 11 de febrero de 2019 se comprobó:

- Que al acceder al sitio web aparecía una ventana emergente en las diferentes páginas del mismo con el siguiente aviso: *“Utilizamos cookies propias y de terceros para obtener datos estadísticos de la navegación de nuestros usuarios, mostrar publicidad y mejorar nuestros servicios. Si acepta o continúa navegando, consideramos que acepta su uso. Más información.”* junto a la cual aparece un botón con el texto *“Entendido”*. (El subrayado es de la AEPD).
- Al pulsar el botón “Más información” se enlazaba con una segunda capa de información denominada “Política de Cookies”, en la que no se informaba con claridad sobre el derecho a retirar el consentimiento prestado ni sobre el mecanismo establecido para ello. Tampoco se proporciona el enlace al “Complemento inhabilitación para navegadores de Google Analytics”.

TERCERO: En la visita efectuada con fecha 11 de febrero de 2019 al sitio web citado en el Hecho Probado anterior se verificó la instalación de los dispositivos de analítica web del Servicio de Google Analytics _utma, _utmb, _utmc, _utmt, _utmz y las cookies publicitarias DSID e IDE del dominio doubleclick.net se producía en los equipos terminales de los usuarios tan pronto como se accedía al mismo, es decir, antes de haber solicitado y obtenido el consentimiento informado de los mismos para ello y sin ofrecerles una información clara y completa sobre el uso de cookies.

CUARTO: En los accesos efectuados con fechas 30 de abril y 1 de agosto de 2019 al sitio web sitio web *****URL.1** se comprueba:

- Que el “Aviso de Cookies” de la primera la primera capa ha sido modificado, pasando a tener el siguiente contenido: *“Utilizamos cookies para personalizar contenido y anuncios, proporcionar funciones de redes sociales y analizar nuestro tráfico. También compartimos información sobre cómo usted utiliza nuestro sitio con nuestros socios de redes sociales, de publicidad y de analítica. Más información. Configuración de cookies. Aceptar cookies.”*

Este aviso no informa sobre si las cookies son propias o de terceros ni incluye un botón para “Rechazar Cookies.

- Que el panel de configuración de cookies o “Centro de preferencia de privacidad” cuenta con un botón para “Permitir todo” y otro para “Guardar configuración” elegida por el usuario, pero no implementa un botón para rechazar todas las cookies.
- Que en el segundo nivel de información o “Política de Cookies” no se informa sobre el periodo de conservación de los datos para los diferentes fines para los que se utilizarán las cookies. No se indica si la información obtenida a partir de las cookies funcionales se tratará sólo por el responsable o editor del sitio y/o por terceros, que deberán identificarse.

QUINTO: En el acceso efectuado con fecha 1 de agosto de 2019 al sitio web titularidad del reclamado se constata también que se instalaban las cookies cfduid de los dominios *****dominio.1** y *****dominio.2** y la cookie NID del dominio *****dominio.3** sin mediar ningún tipo de acción o navegación por el sitio ni haberse aceptado el uso de cookies.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

II

El artículo 22.2 de la LSSI dispone: *Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.*

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

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario,

para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario. "

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

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

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

III

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

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

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

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

En el presente caso ha de considerarse Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información a la entidad CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L., como titular de la página web objeto de análisis y por tanto situarla bajo las obligaciones y el régimen sancionador de la LSSI.

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

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

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

IV

La remisión efectuada en el mencionado artículo 22.2 de la LSSI a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en lo relativo a los requisitos del consentimiento informado, en la actualidad se ha de interpretar como referida al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), aplicable desde el 25 de mayo de 2018, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).

El artículo 4.11) del RGPD define en como *<<consentimiento del interesado>>*: *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen; >>*.

Respecto de las “*Condiciones para el consentimiento*” el artículo 7 del RGPD determina que:

“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento

basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.”

El precepto anterior se conecta con lo indicado respecto del consentimiento en los Considerandos 32 y 42 del RGPD, en los que se señala:

“(32) El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.”

“(42) Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.”

V

En el presente supuesto, el prestador de servicios de la sociedad de la información ha utilizado un sistema de información por capas, de modo que la segunda capa complementa a la primera.

En la primera capa debe mostrarse la información esencial sobre el uso de cookies, que, como mínimo, deberá reseñar: la identificación del editor responsable del sitio web, no siendo necesaria la denominación social y se desprende de forma evidente del propio sitio web; si son propias y/o de terceros, las finalidades de las

cookies empleadas, modo en que el usuario puede prestar el consentimiento o rechazar su instalación y configurar su uso, advirtiendo, en su caso, de que si se realiza una determinada acción, se entenderá que acepta el uso de las cookies, existencia del derecho a revocar el consentimiento. Además, deberá incluir un enlace claramente visible a la segunda capa informativa, donde se incluirá una información más detallada.

La información adicional y complementaria ofrecida en la segunda capa, que deberá encontrarse disponible en forma permanente en el sitio web o en la aplicación, deberá incluir la siguiente información: definición y función genérica de las cookies, los tipos de cookies utilizadas y su finalidad, período de conservación de los datos para los diferentes fines, forma de revocar el consentimiento ya prestado, forma de permitir, revocar el consentimiento o eliminar las cookies enunciadas a través de las funcionalidades facilitadas por el editor (el sistema de gestión o configuración de cookies habilitado) o el terminal o a través de las plataformas comunes que pudieran existir para esta finalidad. Si el sistema de gestión o configuración de las cookies del editor no permite evitar la utilización de las cookies de terceros una vez aceptadas por el usuario, se facilitara información sobre las herramientas proporcionadas por los principales navegadores y se advertirá que si el usuario acepta cookies de terceros, deberá eliminarlas desde las opciones del navegador.

Finalmente, en esta segunda capa debe ofrecerse información sobre la identificación de quien utiliza las cookies, esto es, si la información obtenida por las cookies es tratada solo por el editor y/o también por terceros con los que el editor haya contratado la prestación de un servicio para el cual se requiera el uso de cookies, con identificación de estos últimos.

VI

En el presente caso, con motivo de los accesos realizados a la página web estudiada se ha verificado que el reclamado, responsable y titular del citado sitio web, viene instalando cookies de tercera parte no exentas del deber de informar en los equipos terminales de los usuarios que acceden al citado portal sin mediar el consentimiento previo e informado de los mismos.

Así, con fecha 11 de febrero 2019 se constató que al acceder al reseñado sitio web se instalaban, sin mediar navegación alguna o acción explícita de aceptación del usuario, las cookies analíticas del Servicio de Google Analytics que se describen en el Hecho Probado Tercero para el seguimiento de los hábitos de navegación de los usuarios del portal.

Por lo que su instalación se producía antes de ofrecer a los usuarios la información clara y completa sobre su utilización que resulta exigible para obtener el consentimiento informado, que tampoco se había obtenido. A mayor abundamiento, también se comprobó en este acceso que en la segunda capa no se informaba en forma clara sobre el derecho a retirar el consentimiento prestado ni sobre el mecanismo establecido para ello, al igual que no se proporcionaba información referida al “Complemento de inhabilitación para navegadores de Google Analytics.” para permitir su rechazo.

Sin perjuicio del esfuerzo efectuado por el responsable del sitio web para, una vez recibido el trámite de audiencia, efectuar una serie de correcciones en ambos

niveles de información tendentes a subsanar las irregularidades puestas de manifiesto en el trámite de audiencia recibido para adecuar la información ofrecida en los dos niveles a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LSSI. Sin embargo, en los accesos efectuados con fechas 30 de abril y 1 de agosto de 2019 se ha observado que continúan instalándose cookies no exentas del deber de informar sin mediar el consentimiento previo e informado de los usuarios, habida cuenta que se ha constatado la instalación de la cookie funcional `_cfduid` de los dominios *****dominio.1** y *****dominio.2** y la cookie de preferencias y publicidad comportamental NID del dominio *****dominio.3** sin mediar ningún tipo de acción o navegación por el sitio ni haberse aceptado el uso de cookies.

La cookie “NID”, según se informa en el documento “Tipos de Cookies que utiliza Google”, se usa tanto para recordar las preferencias de los usuarios como para personalizar los anuncios que se muestran en sus propiedades.

Igualmente se han detectado las deficiencias reseñadas en el Hecho Probado Cuarto sobre la falta de información sobre si las cookies son propias y/o de terceros, a la vez que no se facilita un botón que permita rechazar el uso de todas las cookies con la misma facilidad que el botón aceptar cookies facilita la obtención del consentimiento del usuario a su uso.

También en el panel de configuración de cookies o “Centro de preferencia de privacidad” se ha observado la falta de implementación de un botón para rechazar todas las cookies.

A su vez, y no obstante las evidentes modificaciones incluidas en el segundo nivel de información o “Política de Cookies”, dicho documento no señala el periodo de conservación de los datos para los diferentes fines para los que se utilizarán las cookies ni identifica si las cookies funcionales serán tratadas sólo por el responsable o editor del sitio y/o por terceros, que deberán identificarse.

Con arreglo a lo expuesto se produce la instalación de las cookies NID y `_cfduid` en los equipos terminales de los usuarios sin haber obtenido, previamente, el consentimiento informado de los mismos para su utilización, y además, el reclamado no ofrece a los usuarios información clara y completa sobre todos los aspectos que se estiman precisos para entender correctamente prestado dicho consentimiento, incumpliendo de este modo el mandato del artículo 22.2 de la LSSI.

La conducta descrita está tipificada como leve en el artículo 38.4.g) de la LSSI, que señala como tal: *“Utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2.”*

VII

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

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



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

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

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

Por su parte, el artículo 40 de la LSSI, en cuanto a la “*Graduación de la cuantía de las sanciones.*”, dispone:

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) *La existencia de intencionalidad.*
- b) *Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) *La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) *La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) *Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) *Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.*
- g) *La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello, se aprecia que concurre la circunstancia prevista en el artículo 39 bis, apartado 1.a), que dispone que “*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 artículo 40*”, concurriendo en este caso los criterios d) y e) del citado precepto, por cuanto no hay constancia de la existencia de perjuicios causados ni de beneficios obtenidos a raíz de la comisión de la infracción descrita. Lo que permite apercibir al reclamado requiriéndole la adopción de medidas para la adecuación a la normativa citada.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- **APERCIBIR (A/00005/2019) a CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L,** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la reclamación por infracción del artículo 22.2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.g) de la citada norma.

2.- REQUERIR a CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L. de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 22.2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a adecuar la información ofrecida en el sitio web *****URL.1**, del que es responsable, a las exigencias reseñadas en el mencionado precepto, procediendo, por tanto a tomar las medidas necesarias para impedir que se instalen cookies no exentas del deber de informar antes de haber obtenido el consentimiento informado de los usuarios del portal, debiendo también incluir en cada uno de los niveles del sistema de información por capas utilizado la información indicada en el Fundamento de Derecho VI o, en su caso, la que proceda en función del tipo de cookies instaladas y las finalidades para las que se utilicen.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando en el plazo indicado los documentos o medios de prueba que acrediten dicha circunstancia

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a CUATRO DATOS SOLUCIONES Y DESARROLLO, S.L..

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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