



Procedimiento Nº: A/00280/2017

RESOLUCIÓN: R/02683/2017

En el procedimiento A/00280/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **A.A.A. ("MASCOHOTEL")**, vista la denuncia presentada por **C.C.C.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 29/06/2017 tiene entrada en esta Agencia un escrito presentado por **C.C.C.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que denuncia que por parte de la web *****WEB.1** se utilizan dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (DARD o cookies en lo sucesivo) sin ofrecer la información que requiere la normativa aplicable y la recogida de datos de carácter personal sin información sobre (...)sobre (i) *quién recoge esos datos;* (ii) *la inclusión de los mismos en un fichero declarado ante la AEPD;* (iii) *la existencia misma de un fichero declarado;* (iv) *sobre la política de privacidad que siguen dichos señores como responsables de un sitio web;* (v) *sobre el envío de comunicaciones comerciales o la finalidad y destino que van a dar a los datos personales de los usuarios;* (vi) *tampoco se requiere en ningún momento el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de tales datos.*(...)

Asimismo, manifiesta que (...)Respecto al formulario de contacto he realizado una prueba aportando mis datos para comprobar que, en efecto, tampoco se recibe un correo confirmando tu suscripción ni informando sobre la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO, conforme a lo que dispone la LOPD. Por ello, me veo imposibilitada para ejercitar mi derecho de cancelación, o cualquier otro, respecto de mis datos personales que tienen (...)

Junto a la denuncia aporta documentación consistente en capturas de pantalla del sitio web.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por los Servicios de Inspección de esta Agencia, se practicaron diligencias teniendo conocimiento de lo siguiente:

En fecha de 25/07/2017 se accedió al sitio web *****WEB.1** teniendo conocimiento de lo siguiente:

1. Respecto de la titularidad del dominio/pagina web e identidad del Prestador de Servicios:



1.1 Consultada la página web que muestra información sobre dominios, se verifica que el dominio ***WEB.1 está a nombre de **A.A.A.**

1.2 En el apartado de la web QUIENES SOMOS alojados en el siguiente enlace ***URL.1 se identifican a los denunciados.

1.3 En la página web únicamente consta la dirección de a (C/..., 1, San Sebastián de los Reyes) ***URL.2.

2 Respecto de la información mostrada al acceder sobre el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos (DARD en lo sucesivo), verifica la existencia un mensaje con el siguiente texto: *Utilizamos cookies propias y de terceros para realizar análisis de uso y de medición de nuestra web para mejorar nuestros servicios. Si continua navegando, consideramos que acepta su uso.*

2.1 Respecto de los DARD descargados al acceder, con independencia de realizar navegación: Se verifica la descarga de DARD propios y de terceros, de carácter persistente con finalidad de analítica web

2.2 Respecto de la información de DARD en una segunda capa: No se ha localizado información en la página web.

3. Respecto de la recogida de datos personales y la información ofrecida sobre el tratamiento de datos realizado:

3.1 Se verifica la existencia de un formulario de recogida de datos en el enlace ***URL.3 donde se requiere nombre, correo electrónico, y teléfono, sin que se informe sobre el responsable del fichero, la finalidad del tratamiento, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ni cualquier otra cuestión acerca del uso de los datos de los usuarios.

TERCERO: En fecha 04/08/2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa a **A.A.A. (“MASCOHOTEL”)** el presente procedimiento de apercibimiento A/00280/2017 con relación a la denuncia 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 (en lo sucesivo, LSSI) tipificada como leve en el artículo 38.4 g) de dicha norma y por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2 c) de la LOPD.

CUARTO: En fechas de 14/08/2017 y 22/08/2017 por el Servicio de Notificaciones de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, se intentó la práctica de la notificación en la dirección que consta en la página web, dejando aviso de entrega, siendo devuelto finalmente en fecha 30/08/2017 por no retirado.

El Acuerdo de Audiencia Previa se publicó en el BOE número 215 de 07/09/2017 Supl. N. Pág. 1.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

UNO.- En fecha de 25/07/2017 se accedió al sitio web ***WEB.1 verificándose la descarga de DARD propios y de terceros, de carácter persistente con finalidad de analítica web. La descarga se produce sin realizar navegación alguna por la citada página a pesar que se muestra la siguiente información: (...) *Utilizamos cookies propias y de terceros para realizar análisis de uso y de medición de nuestra web para mejorar nuestros servicios. Si continua navegando, consideramos que acepta su uso.* (...)

DOS.- No se ha localizado información en la página web a través de otro enlace que contenga política de DARD

TRES.- Consultada la página web que muestra información sobre dominios, se verifica que el dominio ***WEB.1 está a nombre de **A.A.A.** En el apartado de la web QUIENES SOMOS alojados en el siguiente enlace ***URL.1 se identifican a los denunciados. En la página web únicamente consta la dirección de a (C/..., 1, San Sebastián de los Reyes) ***URL.2.

CUATRO.- Se verifica la existencia de un formulario de recogida de datos en el enlace ***URL.3 donde se requiere nombre, correo electrónico, y teléfono, sin que se informe sobre el responsable del fichero, la finalidad del tratamiento, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ni cualquier otra cuestión acerca del uso de los datos de los usuarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales (en lo sucesivo LOPD), y el artículo 43.1 párrafo segundo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI) la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercebimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

Dispone el artículo 44 de la ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, bajo la rúbrica "Notificación Infructuosa" lo siguiente (...) Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado (...)

III

En el presente caso se atribuye a M^a A.A.A. la infracción del **artículo 5 de la LOPD** que señala que *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.”

De acuerdo con los hechos probados, ha resultado que a través de la citada página web se recogen datos de carácter personal sin que se ofrezca la información que requiere el art. 5 de la LOPD.

Por todo ello se considera acreditada la infracción del art. 5 LOPD antes transcrito, suponiendo la infracción leve prevista en el art. 44.2 c) que considera como tal *”El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado”*.

IV

El artículo 45.6 de la LOPD, dispone lo siguiente:

”Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

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

b) que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

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

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y



b) del citado apartado 6 del artículo 45 de la LOPD, requiriéndose a la entidad denunciada para que adecue la información ofrecida en la recogida de datos, en relación con art. 5 de la LOPD

V

Los hechos objeto de imputación del presente expediente constituyen también la infracción a lo previsto en el art. 22.2 de la LSSI que bajo la rúbrica “Derechos de los destinatarios de los servicios”, dispone lo siguiente: *“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.

VI

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 denunciada como responsables de la página web y por tanto situarle 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.

VII

En el presente supuesto, a través de la valoración conjunta de las actuaciones practicadas y la documentación obrante en el expediente, ha quedado acreditado que al inicio de las actuaciones de inspección, el sitio web no ofrecía información respecto de la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos que cumpliera



con el mandato del art. 22.2 de la LSSI.

El modo de ofrecer la información del citado artículo no obedece a supuestos tasados, lo relevante es cualquier fórmula que satisfaga la finalidad del precepto es perfectamente válida. En este sentido debe recordarse que la “Guía sobre el uso de cookies”, ofrece indicaciones al respecto, proponiendo un sistema de información por capas. De modo que **la segunda capa complementa a la primera**, en este sentido, **debe indicarse que la página web no ofrece información al respecto.**

En la primera capa debe mostrarse la información esencial sobre la existencia de cookies, si son propias o de terceros y las finalidades de las cookies empleadas, así como los modos de prestar el consentimiento.

En cuanto a la información ofrecida en la segunda capa, esta Agencia ha venido indicando, singularmente en la Guía sobre el uso de cookies, que dicha información adicional y complementaria de la primera, debería versar sobre qué son y para qué se utilizan las cookies, los tipos de cookies utilizadas y su finalidad, así como la forma de desactivar o eliminar la cookies enunciadas a través de las funcionalidades facilitadas por el editor, las herramientas proporcionadas por el navegador o el terminal o a través de las plataformas comunes que pudieran existir, para esta finalidad o en su caso, la forma de revocación del consentimiento ya prestado.

Finalmente, debe en esta segunda capa 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 la identificación de aquellos con los que haya contratado o cuyos servicios ha decidido integrar el editor.

Por tanto, el suministro de la información adicional en una segunda capa por grupos de cookies, da cumplimiento al precepto, siempre que exista identidad entre ellas y ello no produzca ambigüedad, y en todo caso se indique si son de primera o de tercera parte, con identificación del tercero, y su finalidad, así como con alusión a los mecanismos de rechazo de las cookies enunciadas y la forma de revocación del consentimiento ya prestado.

VIII

Relacionando dichas exigencias con la información ofrecida a través de la citada página web en las pruebas realizadas sobre DARD en su página web se efectúan las siguientes consideraciones:

En fecha de 25/07/2017 se verificó la descarga de DARD de terceros de carácter persistente con finalidad de analítica web con independencia de haber aceptado su uso por tanto no puede entenderse un consentimiento informado del usuario.

Asimismo respecto a la existencia de un enlace relativo a la Política de cookies – información en segunda capa - tampoco se halló información al respecto.

La conducta descrita está tipificada como leve en el artículo 38.4.g) de la citada norma, que señala como tal *Utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2.* Requiriéndose al denunciado la adopción de medidas para la adecuación a la normativa citada.

IX

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

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

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

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

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

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

X

En el art. 45.6 de la LOPD y en el art. 39 bis 2 de la LSSI, se advierte de que las medidas requeridas deberán adoptarse por los denunciados y comunicarlas, con la advertencia que de no hacerlo procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- APERCIBIR (A/00280/2017) a A.A.A. ("MASCOHOTEL") con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del



artículo 22.2 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4. g).

SEGUNDO.- APERCIBIR (A/00280/2017) a A.A.A. ("MASCOHOTEL") con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2 c) de la citada Ley Orgánica, en relación con el art. 15 y 45 del RDLOPD.

TERCERO.- REQUERIR a A.A.A. ("MASCOHOTEL") de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 bis 2 de la LSSI y 45.6 de la LOPD, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

3.1 CUMPLA lo previsto en el artículo 22.2 de la LSSI y 5 de la LOPD, para lo que se insta a dicha entidad a configurar el sitio web de su titularidad de modo que no instale dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, sin la prestación del consentimiento de los usuarios para dar cumplimiento al citado precepto y que instaure un sistema de información que cumpla lo dispuesto en el art. 5 de la LOPD.

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

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

CUARTO.- NOTIFICAR la presente Resolución a **A.A.A. ("MASCOHOTEL")**

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso



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

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos