



Procedimiento N° PS/00005/2016

RESOLUCIÓN: R/01753/2016

En el procedimiento sancionador **PS/00005/2016**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

**PRIMERO:** Con fecha de 8 de septiembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que Telefónica de España-Movistar utiliza "supercookies" en el acceso a Internet utilizando terminales móviles, sin informar debidamente al usuario y sin que este preste su consentimiento.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Telefónica reconoce que ha estado empleando la técnica de "supercookie" denominada "enriquecimiento de cabeceras":

- a. En el sitio web perteneciente a Movistar:

<http://comunidad.movistar.es>.....

En el que aparece esta información suministrada por el servicio técnico a un cliente en la que el operador confirma que utiliza una técnica denominada "enriquecimiento de cabeceras":

*"Lo primero de todo, disculpad la demora en responder.*

*Tras realizar la consulta, nos confirman que Movistar utiliza el "enriquecimiento de cabeceras" para un número limitado de servicios con los que existen acuerdos comerciales y a los que el usuario está suscrito, como servicios de **suscripción Premium, pagos movistar, etc.** donde es necesario facilitar una identificación del cliente para poder prestar el servicio.*

*En ningún caso, a partir de esos datos, Movistar proporciona información personal ni se utiliza para crear perfiles de navegación ni rastrear el comportamiento del cliente en internet.. " (sic)*

- b. En la respuesta a la solicitud de información de fecha 5 de noviembre de 2015:

*"El enriquecimiento de cabeceras, sólo aplica en los casos de navegación por la red móvil Movistar cuando el terminal tiene configurado el APN telefonica.es"*

2. Telefónica manifiesta en la solicitud de información que el propósito de dicha técnica es permitir la implementación de servicios Premium y de facturación:

*El enriquecimiento de cabeceras es una funcionalidad utilizada únicamente en el protocolo HTTP que permite añadir meta-información a las peticiones acceso a una página web concreta que se progresan desde el terminal del cliente hasta el servidor final....*

*..., algunos de los datos están definidos por el protocolo como información necesaria para establecer la comunicación, "x-up-subno" "TMuser-id" son los introducidos por Telefónica como información necesaria para que Telefónica identifique al usuario pueda gestionar las suscripciones a productos servicios Premium....*

*Los Servicios Premium a los que se puede acceder a través de la navegación móvil son actualmente Emoción y Pagos Movistar:...*

*La introducción de los datos "x-up-subno" y "TM user-id" son necesarios para que Telefónica pueda facturar los servicios contratados por el cliente a través de estas plataformas...*

3. Telefónica manifiesta que, aunque por las limitaciones en la implementación técnica, el "enriquecimiento de cabeceras" se ha estado utilizando incluso cuando el usuario no reclamaba un servicio Premium o facturable, desde septiembre de 2015 se han hecho las actualizaciones técnicas necesarias para que sólo se utilice dicha técnica cuando un usuario reclama dicho servicio:

*A partir de 2012 se inicia un proceso de consolidación de la solución de Proxy de Navegación Móvil ... se mantuvo por defecto la identificación de navegación ("x-up-subno" y "TM user-id") desde la red para sostener el modelo de negocio de contenidos Premium.*

*En septiembre 2015 .... así como el hecho de que Telefónica salvo para la gestión de la contratación de los servicios Premium no utilizaba esta información absolutamente para nada, ... se limita en exclusiva el uso de estas técnicas a la navegación hacia proveedores/partners con los que hay acuerdo en la medida que resulte estrictamente necesario para realizar la facturación del mismo, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.*

4. Telefónica manifiesta que no ha utilizado dichos datos para ningún otro propósito.

El inspector actuante, el 13 de octubre de 2015, accede desde dos teléfonos móviles con contratos con Movistar a la página en Internet <http://amibeingtracked.com/> con la finalidad de verificar si el operador utiliza "supercookies" en páginas que no son relativas a servicios Premium o que reclaman alguna facturación, siendo el resultado negativo.

**CUARTO:** Con fecha 22 de febrero de 2016, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de



desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 22.2, de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 g) de la citada Ley.

**QUINTO:** Notificado el citado Acuerdo de inicio, **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.** presentó alegaciones en las que señaló que

-Los hechos imputados no son constitutivos del tipo infractor que se invoca. La utilización de la técnica “enriquecimiento de cabeceras” no implica tratamiento de datos de carácter personal y no son un dispositivo de almacenamiento y recuperación de datos, ni se han almacenado ni se han utilizado información alguna por parte de TME con esta técnica.

-El rol en los hechos de TME es de intermediación conforme a las definiciones que se incluyen en el Anexo de la LSSI. Y por tanto el régimen de responsabilidad aplicable a TME será el del art. 14 en relación con el art. 13.2 LSSI.

-El enriquecimiento de cabeceras únicamente responde a la inclusión por parte de TME de un número asignado al usuario (conocido únicamente por TME) que históricamente ha sido estrictamente necesario para poder facturar ciertos servicios de la sociedad de la información susceptibles de ser contratados por el cliente movistar. Por lo tanto no es aplicable el art. 22.2 LSSI ya que TME no es prestador de servicios de la sociedad de la información directamente al usuario, sino la realización de un servicio de intermediación que permite el acceso a otros servicios de la sociedad de la información susceptibles de aplicar este artículo.

-Información estrictamente necesaria para prestar el servicio. En el contexto histórico del servicio de internet móvil, se incluía un valor identificativo por defecto en todas las peticiones HTTP que ha sido estrictamente necesario incluir para la compra y facturación de contenidos Premium ofrecidos por Movistar que a su vez ha ido evolucionando desde 1999 ya que como se ha expuesto, la navegación a través de la red móvil estaba más limitada que actualmente. Durante la evolución del servicio, se ha mantenido por defecto la identificación de navegación (“x-up-subno” y “TM\_user\_ID”) desde la red para sostener el modelo de negocio de contenidos Premium. Por lo que se da la excepción prevista en el citado precepto referido al almacenamiento de información cuando sea estrictamente necesario para la prestación de un servicio expresamente solicitado por el usuario.

-Se ha podido comprobar por el inspector actuante que las actualizaciones técnicas necesarias para que esta técnica únicamente se utilice para la gestión de los Servicios Premium desde Septiembre de 2015. Siendo el resultado de la citada comprobación realizada por el inspector a fecha de 13/10/2015 negativo.

-Presunción de inocencia. En relación con la imputación realizada, esta parte no puede más que afirmar que esta información no ha sido almacenada ni utilizada para propósitos distintos de los ya expuestos, siendo una prueba diabólica para TME el hecho de tener que probar lo contrario. El hecho de no poder aportar prueba negativa respecto del almacenamiento y utilización de esta información no es motivo para considerar que TME ha almacenado la información referida y además la ha utilizado para finalidades distintas a las de facturar al cliente Servicios Premium susceptibles de

ser contratados a través de su navegación móvil.

**SEXO:** En fecha 03/05/2016 se acordó por el Instructor del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, en el que se dio por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **A.A.A.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/06040/2015 y las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00005/2016 presentadas por **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, y la documentación que a ellas acompaña.

**SÉPTIMO:** En fecha de 02/06/2016 el Instructor del procedimiento emitido Propuesta de Resolución en el que solicita que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, se sancione a TME con multa de 20.000 € (veinte mil euros) por la infracción del art. 22.2 de la LSSI, tipificada como leve en el art. 38. 4 g) de dicha norma.

**OCTAVO:** En fecha de 24/06/2016 TME presentó alegaciones en las que considera que los hechos probados no son constitutivos del tipo infractor. El número único introducido en la cabecera HTTP es conocido únicamente por TELEFONICA y cuya introducción ha sido necesaria para la gestión de suscripciones, prestación y facturación de servicios Premium. El hecho de que el dato viajara en la cabecera de todos los usuarios, derivaba de la necesidad de poder iniciar la prestación de estos servicios a cualquier usuario MOVISTAR desde el momento mismo de su contratación, para no esperar a la identificación del cliente por parte de TELEFONICA por otros medios que implicaría diferir la prestación del servicio en el tiempo.

Es fundamental distinguir la técnica del “enriquecimiento de cabeceras” cuya utilización ha sido reconocida por TME y la utilización de “supercookies”. Para que esta técnica se considere como supercookie es necesario que los datos tratados a través de la misma sean almacenados mediante un DARD y que los mismos sean utilizados por la entidad responsable de su instalación, componente que no ha sido acreditado. Por lo tanto dicha técnica no es susceptible de ser asociada a la utilización de cookies.

**NOVENO:** De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento han quedado acreditados los siguientes

#### HECHOS PROBADOS

UNO.- En el sitio web <http://comunidad.movistar.es>..... TME, ante una consulta de un usuario reconoce que utiliza la técnica de “enriquecimiento de cabeceras”.

DOS.- TME en el escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 01/12/2015 manifiesta lo siguiente::

(...)El enriquecimiento de cabeceras es una funcionalidad utilizada únicamente en el protocolo HTTP que permite añadir meta-información a las peticiones acceso a una página web concreta que se progresa desde el terminal del cliente hasta el servidor final (...)

(...) en este contexto histórico, todos los terminales usaban proxy explícito para la navegación por el APN telefónica.es ya que la navegación a través de la red móvil estaba más limitada que actualmente (...)



(...) a partir de 2012 se inicia un proceso de consolidación de la solución de Proxy de Navegación Móvil estando disponible para cualquier terminal que disponga de la configuración del APN telefónica.es. (...) en este proceso de consolidación se mantuvo por defecto la identificación de navegación ("x-up-subno" y "TM\_user\_ID") desde la red para sostener el modelo de negocio de contenidos Premium. (...)

(...) en septiembre de 2015(...) se ha hecho un esfuerzo de racionalización de uso del enriquecimiento de cabeceras en la navegación móvil (...)

TRES.- En fecha de 13/10/2015, se accede desde dos teléfonos móviles con contratos con Movistar a la página en Internet <http://amibeingtracked.com/> con la finalidad de verificar si el operador utiliza "supercookies" en páginas que no son relativas a servicios Premium o que reclaman alguna facturación, siendo el resultado negativo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

La competencia para sancionar la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

### **II**

Se imputa a TME la comisión de la 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), que dispone que: *"2. 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."*

TME alega en su descargo, en primer lugar, que no le es de aplicación el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la medida en que actúa como prestador de un servicio de intermediación y también, manifiesta que en el caso analizado se debe aplicar la excepción prevista a los deberes de información y consentimiento cuando la instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos sea estrictamente necesario para la prestación de un servicio solicitado expresamente por el destinatario.

Frente a ambas manifestaciones debe señalarse, en primer lugar, que la LSSI

sitúa bajo su régimen sancionador a los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información, entre los que se encuentran los prestadores de servicios de intermediación. aunque fuera un servicio de intermediación, el presente caso no afecta a las previsiones del art. 14 de LSSI, sino al cumplimiento de las garantías recogidas en el art. 22.2 LSSI exigibles a todos los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información incluidos los servicios de intermediación.

En segundo lugar, debe señalarse que la utilización de la técnica de enriquecimiento de cabeceras se venía utilizando por TME, con independencia de su utilización para la finalidad que en principio estaba prevista, la facturación de los servicios Premium, **ya que se utilizaba indistintamente para todos los usuarios.**

Por tanto, no siempre se podían considerar dispositivos de carácter técnico para los que la norma prevé la dispensa de la información al usuario de acuerdo con el último párrafo del art. 22.2 LSSI, **o dicho de otro modo, para aquellos usuarios que no utilizaran los servicios Premium, no era de aplicación la exención que prevé la norma y por tanto se hacía necesario el cumplimiento del deber de información.**

A esta conclusión – *de utilización de dicha técnica de modo generalizado* -se llega, precisamente, por las propias manifestaciones de TME durante las actuaciones previas de inspección, en concreto, en el escrito de fecha de entrada en esta Agencia de 01/12/2015 se hace constar lo siguiente:

*(...)El enriquecimiento de cabeceras es una funcionalidad utilizada únicamente en el protocolo HTTP que permite añadir meta-información a las peticiones acceso a una página web concreta que se progresan desde el terminal del cliente hasta el servidor final (...)*

*(...) en este contexto histórico, todos los terminales usaban proxy explícito para la navegación por el APN telefónica.es ya que la navegación a través de la red móvil estaba más limitada que actualmente (...)*

*(...) a partir de 2012 se inicia un proceso de consolidación de la solución de Proxy de Navegación Móvil estando disponible para cualquier terminal que disponga de la configuración del APN telefónica.es. (...) en este proceso de consolidación se mantuvo **por defecto la identificación de navegación** (“x-up-subno” y “TM\_user\_ID”) desde la red para sostener el modelo de negocio de contenidos Premium. (...)*

*(...) en septiembre de 2015(...) se ha hecho un esfuerzo de racionalización de uso del enriquecimiento de cabeceras en la navegación móvil (...)*

Debe señalarse que el protocolo HTTP es el lenguaje que utiliza la comunicación entre el usuario/cliente y el servidor web. Es decir, facilita la comunicación que utilizan los distintos softwares web - tanto clientes, como servidores y proxis - para interactuar entre sí. Por tanto se puede afirmar que es utilizado por la generalidad de usuarios de internet para su navegación.

Por lo que el adjetivo utilizado por TME en su explicación, - *únicamente*- tal vez no sea el más adecuado dado lo común en su utilización y que tiene como finalidad aminorar las consecuencias derivadas de la utilización de dicha técnica. En conclusión se ha estado utilizando, en multitud de accesos y navegación en internet, la citada

técnica hasta septiembre del año 2015.

Asimismo, TME alega que se vulnera la presunción de inocencia, al tener que demostrar un hecho negativo, o dicho de otro modo, al tener que enfrentarse a una prueba diabólica consistente en probar que NO ha almacenado información alguna.

Pues bien, debe señalarse que a través de las declaraciones resulta acreditado la conducta típica y antijurídica, correspondiendo a TME probar la existencia de información previa y en su caso, el consentimiento de los usuarios. Se dará la circunstancia que alega TME, respecto de la prueba negativa, cuando no existiera prueba de cargo alguna, pero como se ha puesto de manifiesto hay elementos que permiten afirmar lo contrario.

Por lo tanto, las alegaciones deben ser desestimadas.

### III

El artículo 38.4.g) de la LSSI, considera infracción leve *“El incumplimiento de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya infracción grave.”*. Pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

Por su parte, el artículo 40 de la LSSI establece respecto de la graduación del importe de las sanciones, lo siguiente:

*“Artículo 40 Graduación de la cuantía de las sanciones*

*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.*

De acuerdo con lo expuesto, debe tenerse en cuenta los apartados a) y b) del citado artículo en la medida en que el diseño de los parámetros de navegación y las “técnicas” utilizadas por los clientes de TME que utilizaban internet corresponde únicamente a la citada entidad, y se ha demostrado que no era acorde a la norma.

Asimismo no es hasta finales del año 2015, cuando se utilizaba la citada técnica. Por tanto se ha de considerar que las circunstancias previstas en los apartados citados



(existencia de intencionalidad y plazo durante el tiempo en que se cometido la infracción) operarían como circunstancias agravantes a la hora de determinar la cuantía de la sanción que corresponda, además de la diligencia exigible a una entidad como TME que es tributaria de un conocimiento y rigor en la aplicación de la normativa aplicable a buena parte de su actividad, que no es otra que la LSSI, lo que le hace merecedora de un mayor reproche sancionador.

Todo ello sin perjuicio de la circunstancia de que en cuanto TME tuvo conocimiento del inicio de las actuaciones desarrolladas por esta Agencia, adecuo el funcionamiento de la técnica analizada a la normativa vigente, circunstancia que impide la determinación de la cuantía en su grado máximo y por tanto procede la imposición de una sanción en la cuantía de 20.000 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

**PRIMERO: IMPONER** a la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, por una infracción del artículo 22.2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 g) de la LSSI, una multa de 20.000 € ( veinte mil euros) de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 40 de la citada LSSI.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.**, y a **A.A.A.**.

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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





Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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