

Procedimiento N°: A/00078/2015

RESOLUCIÓN: R/01525/2015

En el procedimiento A/00078/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **A BIT OF YOU S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 20 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que denuncia que el sitio web *www.domesticshop.com* incumple lo previsto en el artículo 5 de la LOPD (derecho de información en la recogida de datos) y lo previsto en el artículo 22 de la LSSICE en relación con la obtención del consentimiento informado para el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, en adelante DARD.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se practican diligencias frente a **A BIT OF YOU S.L** teniendo conocimiento de que

1. El dominio domesticshop.com en el que se aloja el sitio web denunciado está registrado a nombre del administrador único de la sociedad A BIT OF YOU SL., en adelante ABOY.
2. El 16 de octubre de 2014 se realizó una prueba de acceso al sitio *www.domesticshop.com* utilizando navegadores Mozilla Firefox y Google Chrome. Durante el transcurso de dicha prueba se descargaron los siguientes DARD:

Dominio	Nombre	Primera - Tercera parte	Caducidad
domesticshop.com	EXTERNAL_NO_CACHE	Primera	Persistente
domesticshop.com	_ga	Tercera	Persistente
domesticshop.com	_gat	Tercera	Persistente*
domesticshop.com	_utma	Tercera	Persistente
domesticshop.com	_utmb	Tercera	Persistente
domesticshop.com	_utmc	Tercera	Sesión
domesticshop.com	_utmt	Tercera	Persistente*
domesticshop.com	_utmz	Tercera	Persistente
domesticshop.com	frontend	Primera	Persistente
domesticshop.com	store	Primera	Persistente

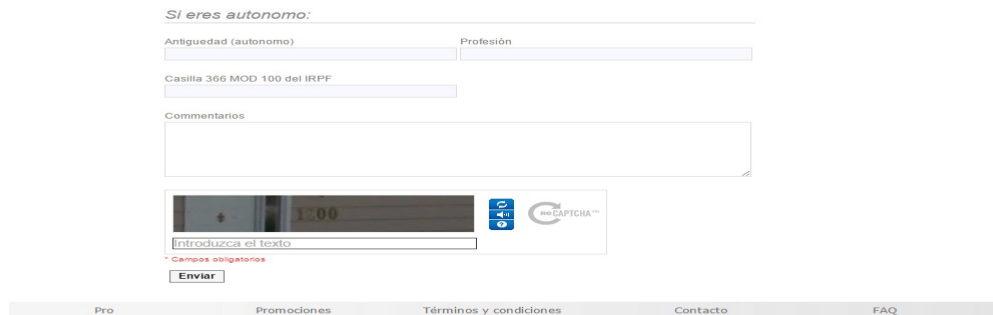
doubleclick.net	id	Tercera	Persistente
google.com	NID	Tercera	Persistente

* Estas cookies son persistentes pero caducan a los 10 minutos.

3. Durante la prueba realizada se constató que el sitio web dispone de dos formularios en los que se recogen datos de carácter personal.

- 3.1. En la página de “financiación”¹ se recaba de manera obligatoria datos de filiación (nombre, apellidos, teléfono, domicilio,...), económicos (propiedad o no de su vivienda y código de cuenta bancaria) y relativos a la compra a financiar y de manera opcional datos laborales (empleador, antigüedad, salario,...).

Al pie de este formulario existe una barra que, entre otros, incluye un enlace² a los términos y condiciones del sitio web.



- 3.2. En la página de creación de una cuenta³ se recogen los siguientes datos: nombre, apellidos, correo electrónico, población, idioma, contraseña y tipo de cuenta (particulares, hoteles, arquitectos,...).

Al pie de este formulario sí que consta una casilla que se debe de marcar para aceptar las condiciones de uso que están enlazadas y que son las mismas que en el formulario anterior.



4. En la página principal del sitio web no consta ningún enlace a los términos y condiciones.
5. En los términos y condiciones publicados consta un apartado de “Política de privacidad” en el que se informa conforme a los dispuesto en el artículo 5 de lo LOPD.

¹ www.domesticoshop.com/finance

² www.domesticoshop.com/terminos-condiciones

³ www.domesticoshop.com/customer/account/create

6. Durante la prueba realizada no se localizó en la página principal del sitio web denunciado ninguna información relativa al uso de DARD.

En el apartado de política de privacidad citada en el punto precedente la única información que se incluye sobre el uso de DARD en el sitio web es el texto que a continuación se reproduce:

"7 - Cookies e IPs: El usuario acepta el uso de cookies y seguimientos de IPs. Nuestro analizador de tráfico del site utiliza cookies y seguimientos de IPs que nos permiten recoger datos a efectos estadísticos como: fecha de la primera visita, número de veces que se ha visitado, fecha de la última visita, URL y dominio de la que proviene, explorador utilizado y resolución de la pantalla. No obstante, el usuario si lo desea puede desactivar y/o eliminar estas cookies siguiendo las instrucciones de su navegador de Internet. A BIT OF YOU SL no utiliza técnicas de "spamming" y únicamente tratará los datos que el usuario transmita mediante los formularios electrónicos habilitados en este sitio web o mensajes de correo electrónico."

7. En cuanto a la finalidad de los DARD descargados:

7.1. EL DARD denominado EXTERNAL_NO_CACHE es utilizado por Magento, un gestor de contenidos para comercio electrónico, y tiene por finalidad⁴ indicar al gestor si debe o no almacenar en la memoria caché del terminal una copia de las páginas web visitadas.

Su propósito es configurar el funcionamiento del comercio web.

7.2. Los DARD denominados _ga, _gat, _utma, _utmb, _utmc, _utmt y _utmz son utilizados por el servicio de analítica web Google Analytics para monitorizar el comportamiento de los usuarios que visiten la página web y ofrecer a ABOY información estadística sobre dicho uso.

7.3. EL DARD denominado frontend es utilizado por Magento para la gestión de la sesión de usuario⁵. Si bien es cierto que no es un DARD de sesión, se caducidad es de un día.

7.4. EL DARD denominado store es utilizado para almacenar el idioma en el que deberá mostrar se el sitio web.

7.5. El DARD denominado id está asociado al dominio doubleclick.net que es uno de los utilizados por Google para gestionar su publicidad.

7.6. El DARD denominado NID asociado al dominio google.com es uno de los utilizados, según informa la propia Google⁶ "...para poder personalizar los anuncios que se muestran en sus servicios como, por ejemplo, la Búsqueda de Google."

TERCERO: Con fecha 26 de marzo de 2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00078/2015. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

4 <http://magento.stackexchange.com/questions/19727/usage-for-external-no-cache-cookie>

5 <http://www.magentocommerce.com/boards/v/viewthread/249044>

6 www.google.nl/intl/es/policias/technologies/types

CUARTO: En fechas de 1 y 2 de abril de 2015 se intentó a través de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, la notificación del citado Acuerdo de Iniciación, en el domicilio de A BIT OF YOU S.L. que consta en el Registro Mercantil Central.

- En fecha de 01/05/2015 la información relativa a la existencia del procedimiento de Apercibimiento contra A BIT OF YOU S.L. se publicó en el B.O.E núm. 104; Sec. V-B Pág. 19088.
- En fecha 28/05/2015 tuvo entrada en esta Agencia una diligencia del Ayuntamiento de Barcelona en el que se hace constar que el citado Acuerdo de Audiencia Previa estuvo expuesto en el tablón de anuncios/EDICTOS desde el día 27/04/2015 al 15/05/2015 ambos inclusive.

QUINTO: En fecha de 10/06/2015 se accedió a la página web www.domesticoshop.com obteniendo información relativa a los DARD que se descargan e instalan, se obtuvo impresión de pantalla de la Política de Privacidad, Política de Cookies, y a <https://support.cloudflare.com> obteniendo información relativa a la cookie `_cfduid`.

SEXTO: De las actuaciones practicadas han resultado acreditado los siguientes

HECHOS PROBADOS

Uno.- En fecha de 16/10/20104 se accedió al sitio web www.domesticoshop.com verificando la descarga e instalación de DARD de primera parte y de tercera parte de carácter persistente con finalidad de análisis del uso de la página web, y publicitarias.

Dos.- En la prueba citada no se halló en la página principal información alguna relativa a la descarga e instalación de DARD, sino que la información al respecto se encontraba en un enlace en la Política de Privacidad que para su acceso es necesario realizar una navegación a través de los enlaces dispuestos en los formularios de recogida de datos en “Términos y Condiciones”, donde se informaba de modo genérico del uso de cookies.

Tres.- En la página web se establecen dos formularios de recogida de datos personales:

I.Financiación: se recaba de manera obligatoria datos de filiación (nombre, apellidos, teléfono, domicilio,...), económicos (propiedad o no de su vivienda y código de cuenta bancaria) y relativos a la compra a financiar y de manera opcional datos laborales (empleador, antigüedad, salario,...).

Al pie de este formulario existe una barra que, entre otros, incluye un enlace a los términos y condiciones del sitio web.

II.Creación de una cuenta se recogen los siguientes datos: nombre, apellidos, correo electrónico, población, idioma, contraseña y tipo de cuenta (particulares, hoteles, arquitectos,...).

Al pie de este formulario sí que consta una casilla que se debe de marcar para aceptar las condiciones de uso que están enlazadas y que son las mismas que en el formulario anterior

Cuatro.- En los términos y condiciones publicados consta un apartado de “Política de privacidad” en el que se informa conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de lo LOPD.

Cinco.- En fecha de 10/06/2015, se constató que en el momento de acceder a la web se descargaron DARD de terceros de carácter persistente con la finalidad de elaboración de estadísticas del uso de la página web, así como para ofrecer contenido personalizado al usuario, relativas al servicio de Google Analytics, publicitarias como las del servicio de doubleclick.net, NID y _cfduid de carácter persistente bajo el dominio zopim.com.

Seis.- En la prueba citada anteriormente se verificó la existencia de una primera capa o banda informativa que ofrecía un aviso a los usuarios respecto de la utilización de cookies, sus finalidades, el modo de aceptación de la instalación de las mismas y un enlace a una página web www.domesticoshop.com/politica.cookies donde constaba información relativa a la definición y tipos de cookies así como información de la configuración del navegador para que acepte o rechace la instalación de las cookies.

Siete.- En la política de cookies accesible en el enlace anteriormente citado informa del uso de DARD con finalidad publicitarias, pero no muestra la identidad del tercero beneficiario de la información que almacenan todos los DARD que descarga e instala, como por ejemplo _cfduid bajo el dominio de zopim.com

Ocho.- Se verifica que una vez aceptada la “política de cookies” se oculta el enlace que aloja dicha información sin que se pueda volver a acceder al mismo, por lo que el usuario no puede volver a la política de cookies de la página web

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, y 43.1 párrafo segundo de la LSSI la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercibimiento corresponde al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

Dispone el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en cuanto a la práctica de las notificaciones: “ *Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.*”

En el presente caso se han observado las prescripciones legales, tal como se ha señalado en el Antecedente Cuarto de la presente Resolución.

III

Dispone el art. 5 de la LOPD 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.

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.

En las actuaciones practicadas ha resultado acreditado a través de la web denunciada se recogían datos de carácter personal, y que respecto de la información ofrecida al abrigo del art. 5 de la LOPD, debe considerarse que consta la existencia de fichero, la finalidad en el tratamiento y la puesta a disposición del medio para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

Todo ello sin perjuicio de que el acceso a dicha información requiere previamente la navegación por la página web relativa a “Condiciones de Uso” y después en el apartado “Condiciones y Privacidad”.

Por lo expuesto se cumplen las exigencias informativas derivadas del art. 5 de la LOPD.

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 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 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.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos

previsto en el art. 5 de la LOPD, ha de tenerse en cuenta que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 45.6 de la LOPD, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por la entidad denunciada, pues como se ha puesto de manifiesto en relación con el deber de información en la recogida de datos personales se ajusta a las exigencias legales.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencia de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que sustituyen a la sanción.

La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una “potestad” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones a los efectos del análisis del cumplimiento del art. 5 de la LOPD

V

Por otra parte, también es objeto de imputación en el presente procedimiento la vulneración del art. 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 señala 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..”

VI

Conviene señalar que 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.

VII

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.*

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: (...)

En el presente caso ha de considerarse Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información a **A BIT OF YOU, S.L.U** como titular del dominio donde se aloja la página web **www.domesticoshop.com** 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.

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.

VIII

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, no se localizaba en la página principal del sitio web ninguna información relativa al uso de DARD. Únicamente a través del enlace de Política de Privacidad se ofrecía información relativa al uso de DARD sin dar cumplimiento al mandato del art. 22.2 de la LSSI, en la medida en que no ofrecía información clara y completa respecto de la utilización de los citados dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, teniendo en cuenta que instalaba DARD de terceros con finalidades de análisis del uso de la web y publicitarias.

En este sentido debe recordarse que el modo de ofrecer la información del citado artículo no obedece a supuestos tasados, cualquier fórmula que satisfaga la finalidad del precepto es perfectamente válida, la “*Guía sobre el uso de cookies*”, ofrece indicaciones al respecto, proponiendo un sistema de información por capas

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 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, cabe el suministro de la información adicional en una segunda capa por grupos de cookies, 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.

La normativa estudiada pretende que el usuario sea suficientemente informado sobre la utilización de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en su equipo terminal, siendo esencial que dicha información verse sobre las finalidades de dichos dispositivos, pero sin exigir que la información detalle los nombres de todas y cada una de las cookies no exentas descargadas. Ahora bien, nada obsta a que dicha información adicional se ofrezca, a los efectos de dar cumplimiento a los requisitos de la segunda capa, en un cuadro adjunto que señale el dominio bajo el cual figura la cookie, su finalidad concreta, y si es propia o de tercera parte, con identificación, en su caso, del tercero en cuestión. Es decir, aunque dicho sistema no sea exigible la Agencia entiende que la descripción contenida en un cuadro puede dar cumplimiento a los requisitos de la segunda capa relativos a los tipos de cookies utilizadas y su finalidad así como sobre quién utiliza las cookies, en la medida en que contenga la información exigible antes especificada.

IX

Relacionando dichas exigencias con la información ofrecida por **A BIT OF YOU S.L.U.**, en las pruebas realizadas sobre cookies en su página web se efectúan las siguientes consideraciones:

En la prueba realizada en fecha de 16/10/2014 respecto de la información ofrecida y los dispositivos de almacena miento y recuperación de datos que se instalaban, era deficiente en tanto que no se localizaba en la página principal del sitio web ninguna información relativa al uso de DARD. Únicamente a través del enlace de Política de Privacidad se ofrecía información relativa al uso de DARD sin mostrar información clara y completa respecto de la utilización de los citados dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, teniendo en cuenta que instalaba DARD de terceros con finalidades de análisis del uso de la web y publicitarias.

En las pruebas realizadas en fecha 10/06/2015, se constató que el en momento de acceder a la web se descargaron DARD de terceros de carácter persistente con la finalidad de elaboración de estadísticas del uso de la página web, así como para ofrecer contenido personalizado al usuario. En concreto las relativas al servicio de Google Anatytics, publicitarias como las del servicio de doubleclick.net, NID y _cfduid de carácter persistente bajo el dominio zopim.com.

Se verifico la existencia de una primera capa o banda informativa que ofrecía un aviso a los usuarios respecto de la utilización de cookies, sus finalidades, el modo de aceptación de la instalación de las mismas y un enlace a una página web www.domesticoshop.com/politica.cookies donde constaba información relativa a la definición y tipos de cookies así como información de la configuración del navegador para que acepte o rechace la instalación de las cookies.

Si bien informa del uso de DARD con finalidad publicitarias, no muestra la identidad del tercero beneficiario de la información que almacenan todos los DARD que descarga e instala, como por ejemplo _cfduid bajo el dominio de zopim.com

No obstante lo anterior, una vez aceptada la “política de cookies” se oculta el enlace que aloja dicha información sin que se pueda volverá acceder al mismo, por lo que el usuario no puede volver a la política de cookies de la página web, siendo necesario que el enlace que aloje dicha política este accesible de modo permanente.

En conclusión, y teniendo en cuenta que la página web denunciada en el momento del inicio de las actuaciones previas de inspección carecía de información alguna respecto de la descarga e instalación de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, y que con posterioridad se observa una mejora en el ofrecimiento de dicha información, continúan las carencias informativas y se mantiene el incumplimiento del art. 22.2 de la LSSI, debiendo adaptar los extremos señalados en los dos párrafos anteriores.

X

A los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones en los artículos 39 bis y 40 de dicha norma, añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

1. 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 artículo 40.

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.

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.”

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."*

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39 bis de la LSSI, y en aplicación del criterio jurisprudencial señalado con anterioridad, esta Agencia considera que en este supuesto procede apercibir a **A BIT OF YOU, S.L.U.**,

Ello en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del art. 39.2 bis y, por otro lado, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad imputada, teniendo en cuenta la concurrencia significativa de varios de los criterios contemplados en el artículo 40 de dicha norma (apartados a) b) d) y e).

En especial, se entiende que concurre el supuesto derivado de una cualificada *ausencia de intencionalidad* por parte del infractor en la comisión de la infracción imputada, ya que ha quedado probado tras la emisión por parte de esta Agencia del acuerdo de audiencia previa del procedimiento se procedió a adoptar medidas tendentes a subsanar la situación, a lo que hay que añadir los criterios derivados de *inexistencia de perjuicios* alegados por el denunciante y *falta de constancia de que el infractor haya obtenido beneficios* con motivo de los hechos imputados.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO.- ARCHIVAR (A/00078/2015) el Apercibimiento incoado a A BIT OF YOU S.L. en relación con la denuncia por vulneración del art. 5 de la LOPD.

SEGUNDO.- APERCIBIR (A/00078/2015) a A BIT OF YOU S.L 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.h).

TERCERO.- REQUERIR a A BIT OF YOU S.L de acuerdo con lo establecido en el



citado artículo 39 bis 2, 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, para lo que se insta a dicha entidad a adecuar la página web www.domesticoshop.com a los requisitos señalados en el Fundamento de Derecho IX, identificando a los terceros y estableciendo mecanismos que permitan a los usuarios acceder a la Política de Cookies con carácter permanente.

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 comunica que se abre el expediente de investigación E/003273/2015 a fin de comprobar el cumplimiento de lo requerido en el presente Apercibimiento en el plazo otorgado para ello.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento podría incurrir en una infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de la LOPD que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 € a 300.000 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada LOPD.

CUARTO.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **A BIT OF YOU S.L.U.** y a **A.A.A..**

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 el Director 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.

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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos

