



Procedimiento N°: A/00403/2015

RESOLUCIÓN: R/00426/2016

En el procedimiento A/00403/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **PINTURAS GUAREÑA SL, AISLAMIENTO TÉRMICO DE FACHADAS, S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 17 de junio de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en adelante la denunciante, en el que manifiesta que tras navegar como usuaria y comprar en la página web **www.latiendadelpintor.org** encontró las siguientes vulneraciones a la normativa vigente:

1. No se le informa de la existencia de ningún fichero a nombre de PINTURAS GUAREÑA SL, la empresa que gestiona el sitio web. Tampoco se le informa de los derechos que le asisten como titular de sus datos.
2. El sitio web utiliza cookies pero no se le informa de ello.
3. Para hacer el pago, tuvo que hacerlo mediante transferencia bancaria a una cuenta bancaria de la que es titular otra empresa, AISLAMIENTO TERMICO DE FACHADAS SL, cediendo de esa manera sus datos a terceros.

La denunciante aporta impresiones de algunas de las páginas del sitio web, del pedido que realizó y de la transferencia bancaria realizada.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante y de las actuaciones practicadas se desprende lo siguiente:

1. El dominio **latiendadelpintor.org** está registrado a nombre de PINTURAS GUAREÑA SL.
2. El 31 de julio de 2015 se realiza una prueba de acceso al sitio web **www.latiendadelpintor.org** en la que se constatan los siguientes hechos:
 - 2.1. No se localiza en el sitio web ninguna información relativa al uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, en adelante DARD.
 - 2.2. Al pie de la página principal se encuentran varios enlaces entre los que incluyen uno a la página de "Aviso legal" y otro a la de "Condiciones de uso".

En el de "Condiciones de uso" no se hace mención alguna a los datos personales de los usuarios pero se informa de que la entidad vendedora de los productos y prestadora de los servicios es PINTURAS GUAREÑA SL. En el



“Aviso legal” la información se limita a la siguiente frase: “*En el caso de que proporcione el usuario alguna información de carácter personal, los datos recogidos en este website serán utilizados con la finalidad, en la forma y con las limitaciones y derechos que recoge la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.*”.

- 2.3. El sitio web recoge datos personales en diferentes formularios como nombre y correo electrónico y teléfono en el de solicitud de presupuesto o nombre, apellidos, domicilio postal, dirección de correo electrónico, teléfono y NIF en el de registro de usuario.
3. El 31 de julio de 2015 se realizaron pruebas de acceso al sitio web denunciado con dos navegadores, Google Chrome y Mozilla Firefox. En ambos casos los DARD descargados fueron casi los mismos y sus características principales se muestran en a continuación:

Dominio	Nombre	1ª o 3ª parte	Caducidad
latiendadelpintor.org	_utma	Tercera	Persistente
latiendadelpintor.org	_utmb	Tercera	Persistente
latiendadelpintor.org	_utmc	Tercera	Sesión
latiendadelpintor.org	_utmt	Tercera	Persistente
latiendadelpintor.org	_utmz	Tercera	Persistente
latiendadelpintor.org	8812c36aa5ae336...	Primera	Persistente
latiendadelpintor.org	_atuvc	Tercera	Persistente
latiendadelpintor.org	_atuvs	Primera	Sesión ^(*)
addthis.com	bt2	Tercera	Persistente
addthis.com	di1	Tercera	Persistente
addthis.com	dt	Tercera	Persistente
addthis.com	loc	Tercera	Persistente
addthis.com	uid	Tercera	Persistente
addthis.com	uit	Tercera	Persistente
addthis.com	um	Tercera	Persistente
addthis.com	uvc	Tercera	Persistente
addthis.com	vc	Tercera	Persistente
doubleclick.net	id	Tercera	Persistente
doubleclick.net	test_cookie	Tercera	Persistente
youtube.com	YSC	Tercera	Sesión
youtube.com	PREF	Tercera	Persistente



youtube.com	GEUP	Tercera	Persistente
youtube.com	VISITOR_INFO1_LIVE	Tercera	Persistente

4. En cuanto a las finalidades de los DARD descargados durante las pruebas:

4.1. Los DARD denominados _utma, _utmab, _utmc, _utmz y _umt son utilizadas por el servicio Google Analytics, proporcionado por Google Inc., que analiza la navegación de los visitantes del sitio web.

4.2. Se desconoce la finalidad de la cookie vinculada al dominio latiadadelpintor.org denominada 88*****.

Por su nombre y contenido podría ser un identificador de sesión pero su caducidad es de 20 días por lo que es posible que tenga más de una función.

4.3. Los DARD vinculados al dominio addthis.com y los denominados _atuvc y _atuvs vinculados al dominio mad.es son utilizados por el servicio Addthis¹ prestado por AddThis Inc.

El servicio permite a los sitios web que lo suscriben añadir los botones que permiten compartir su contenido con las redes sociales más importantes y obtener información detallada sobre cómo se comparte el contenido de la web en las redes sociales.

La información recogida por AddThis Inc de los usuarios del sitio web es utilizada por ésta para ofrecer servicios de analítica web y marketing (p.e. segmentación y descubrimiento de mercados) a terceros.

4.4. Google Inc. proporciona en una de sus páginas información sobre el uso que da a algunos de sus DARD. En dicha página² se informa de que *“Nuestra principal cookie publicitaria se denomina “id” y se almacena en navegadores en el dominio doubleclick.net...”*

EL DARD denominado test_cookie y vinculado al dominio doubleclick.net contiene siempre el texto “CheckForPermission”, por lo que las manifestaciones hechas previamente por el prestador del servicio en el sentido de que dicho DARD tiene la finalidad de comprobar si el navegador acepta o no la descarga de DARD par3cen ciertas.

4.5. El sitio web alojado en el dominio youtube.com informa de que YOUTUBE LLC es la sociedad prestadora del servicio de video bajo demanda, pero al tratar de acceder a la política de privacidad del sitio, éste nos dirige a la política de privacidad de Google Inc.

Dentro de las páginas en las que Google proporciona información sobre privacidad y condiciones de uso de sus servicios, existe una³ en la que se describen los tipos de cookies que utilizan. En esa página se describe a Youtube como una de las propiedades de Google y se refieren al posible uso de cookies de Google vinculadas a otros dominios como youtube.com.

Asumiendo que los DARD mencionados en la página citada tiene finalidades

1 www.addthis.com/privacy/privacy-policy

2 <https://www.google.es/intl/es/policies/technologies/types>

3 <https://www.google.es/intl/es/policies/technologies/types>



idénticas ya estén vinculadas al dominio google.com o al dominio youtube.com, éstas son:

PREF: En la versión a fecha del presente informe de la página no se nombra este DARD, pero en la versión que existía hasta al menos el 24 de julio de 2015⁴ se identificaba la finalidad este DARD como publicitaria.

No se ha localizado información proporcionada por el prestador del servicio sobre la finalidad del resto de los DARD vinculados al dominio.

5. En cuanto a la finalidad de los dispositivos de almacenamiento basados en HTML5 descargados durante las pruebas:

- 5.1. No se ha localizado información al respecto facilitada por Youtube LLC sobre los pares clave-valor almacenados en el DARD vinculado al dominio youtube.com pero a juzgar por sus nombres y valores .

yt-remote-device-id: Por su nombre y valor parece un identificador que permitiría el seguimiento de las actividades del usuario.

yt-player-volume: Volumen de reproducción de los videos.

yt-playerbandwith: Ancho de banda disponible para la descarga de los videos.

yt-reoteconnected-devices e yt-remote-online-screens: Proposito desconocido. Las claves no contienen valor alguno.

- 5.2. Se desconoce la finalidad de los otros dos dispositivos de almacenamiento.

6. El 5 de septiembre de 2015 se recibe, en respuesta a la solicitud de información remitida a PINTURAS GUAREÑA SL, un correo electrónico en el que D. **B.B.B.** (administrador de la PINTURAS GUAREÑA SL y apoderado de AISLAMIENTO TERMICO DE FACHADAS SL) manifiesta que:

6.1. *“Actualmente regento una empresa con nombre Aislamiento térmico de fachadas sl con gif b**** de la que soy apoderado. La tienda on line es un comercio electrónico que yo mismo creé hace unos 10 años y siempre lo utilizo para vender productos de mi propio comercio.”*

6.2. *“...hemos cometido un error al no corregir los datos del titular en las pagina web. [...] Desde hace unos dos años facturamos las ventas con la empresa nueva. Pero olvidamos corregir el texto informativo de la página.”*

6.3. *“Como podrá comprobar ya lo hemos corregido.”*

6.4. *“No obstante, no soy un experto en términos legales en lo que hace referencia a este tipo de cuestiones. Si tuviera que cumplir algún requisito a hacer algún tipo de documento por favor indique para corregir los que estemos haciendo mal.”*

6.5. El 9 de septiembre de 2015 se realiza una prueba de acceso al sitio web www.latiendadelpintor.org en la que se constata que la página de “Condiciones e uso” se informa a los usuarios del sitio web de que la entidad vendedora de los productos y prestadora de los servicios es AISLAMIENTO TERMICO DE FACHADAS SL. (ATF en adelante)

7. Consultado el Registro General de Protección de Datos a 11 de septiembre de 2015

4 <https://web.archive.org...>



no se ha localizado ningún fichero inscrito a nombre de PINTURAS GUAREÑA SL o AISLAMIENTO TERMICO DE FACHADAS SL.

TERCERO: Con fecha 26/01/2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00403/2015. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 17/02/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica que reconoce los hechos objeto de infracción, y que está contratando a profesionales para adecuar su página web a la normativa vigente. Con fecha 25/02/2016 la entidad denunciada presenta escrito en el que informa que ha regularizado las deficiencias, cumpliendo el art. 5 de la LOPD, el art 26.1 LOPD y el art. 22.2 LSSI.

QUINTO: Con fecha de 24/02/2016 se accede al sitio web denunciado, verificándose la instauración de un sistema de información por capas, una al acceder al sitio web y otra alojada en el enlace relata la Política de Cookies, donde define las mismas, y las agrupa por finalidad y muestra un cuadro nominativo de cada una de ellas. Asimismo se verifica la instauración dentro de las Condiciones de Uso de la Página web un apartado relativo a Protección de Datos, donde informa del responsable del fichero y de la posibilidad de ejercer los derechos ARCO. Se adjunta al procedimiento la impresión de pantalla de las comprobaciones realizadas.

SEXTO: De las actuaciones han resultado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

Uno.- En las condiciones de uso de la página www.latiendadelpintor.org consta que la entidad vendedora de los productos y prestadora de los servicios es ATF.

Dos.- En el acceso a la web de fecha 31/07/2015 se verificó la descarga e instalación de DARD propios y de terceros con finalidad publicitaria y de analítica web, sin que conste información alguna o enlace a información sobre DARD ni en la página principal ni en secundarias alojadas en dicho dominio.

Tres.- En la citada prueba de acceso se verifico que recoge datos personales en diferentes formularios como nombre y correo electrónico y teléfono en el de solicitud de presupuesto o nombre, apellidos, domicilio postal, dirección de correo electrónico, teléfono y NIF en el de registro de usuario. Sin que conste en el Registro General de Ficheros de la AEPD inscripción alguna a favor de ATF.

Cuatro.- En el acceso a la web de fecha 24/02/2016 se verificó la descarga e instalación de DARD de terceros con finalidad de analítica web y la instauración de un sistema de información por capas, ofreciendo en la primera capa 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 “política de 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.



Cinco.- En la citada prueba de acceso se verifico la existencia de un formulario de recogida de datos donde consta información relativa al responsable del fichero ante el que ejercer los derechos ARCO y en fecha de 03/05/2016 se verifico la existencia de una inscripción a favor de ATF en el Registro General de Ficheros de la AEPD.

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 Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI en adelante) la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercebimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

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 el presente caso, ha resultado acreditado que a través de la web denunciada se recogen datos de carácter **personal sin ofrecer la información prevista** en el artículo 5 de la LOPD. De modo que los usuarios de la página web que se inscriben introduciendo sus datos personales desconocen el tratamiento al que van a ser sometidos, y la importancia del deber de información reside en afectar al poder de disposición y control que en Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 constituye el elemento nuclear del principio del consentimiento del afectado como pieza angular del derecho a la protección de datos.

Es decir, el titular de los datos personales debe ser conocedor de los aspectos que recoge el art. 5 de la LOPD para así, en uso de su voluntad de



disposición, aceptar o no dicho tratamiento.

En conclusión el deber de información previsto en el art. 5 de la LOPD ostenta una doble garantía, por un lado la del titular de los datos personales que sabe para lo que van a utilizar, y por otro, para el responsable del tratamiento, que opera con la certeza de que cumple con lo aceptado por el titular sin que nada se le pueda requerir o reclamar.

III

El artículo 44.2 c) de la LOPD considera infracción leve *“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”*

En el presente caso se cumplen los requisitos que tipifica el precepto, en la medida que la denunciada a través de la página web recogía datos de carácter personal sin ofrecer la información requerida en el art. 5 de la LOPD.

Sin perjuicio de las comprobaciones realizadas durante el procedimiento, que acreditan la corrección de deficiencias informativas y su adecuación al deber de informar.

IV

Dispone el artículo 26.1 de la LOPD que señala que: *1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos.*

Durante las actuaciones previas de investigación se verifico la inexistencia de fichero inscrito por parte de ATF lo que constituye la infracción leve prevista en el artículo 44.2 b) de dicha norma, que considera como tal *“No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos”*.

No obstante lo anterior, en fecha de 03/05/2016 se consultó el Registro General de Ficheros de la Agencia Española de Protección de Datos, verificando la existencia de un fichero inscrito cuya titularidad corresponde a la entidad denunciada.

V

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.

VI

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.

Quando 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..”

VII

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.

VIII

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 ATF como titular del dominio donde se aloja la página web www.latiendadelpintor.org 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.

IX

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 sin dar cumplimiento al mandato del art. 22.2 de la LSSI.

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.

X



Relacionando dichas exigencias con la información ofrecida por ATF en las pruebas realizadas sobre cookies en su página web se efectúan las siguientes consideraciones:

En las pruebas realizadas en fecha de 31/07/2015 respecto de la información ofrecida y los dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos que se instalaban, es deficiente en tanto que no consta en la página principal del sitio web ninguna información relativa al uso de DARD.

No obstante lo anterior, en las pruebas de acceso realizadas en fecha de 24/02/2016 se verificó la corrección de las carencias informativas, en concreto consta un sistema de información por capas, donde al acceder a la web se muestra un mensaje informativo respecto de las cookies que instala y sus finalidades. Asimismo se encuentra una segunda capa informativa alojada en un enlace relativo a la Política de Cookies donde define las mismas, y las agrupa por finalidad y muestra un cuadro nominativo de cada una de ellas

XI

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 el presente procedimiento de apercibimiento contra ATF.

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 d) y e).

En especial, se entiende que concurre el supuesto derivado de una *inexistencia de perjuicios* alegados por el denunciante y *falta de constancia de que el infractor haya obtenido beneficios* con motivo de los hechos imputados.

XII

No obstante lo anterior, debe analizarse en el presente caso la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con los artículos 45.6 de la LOPD y 39 bis 2 LSSI, **no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por la entidad denunciada**, pues como se ha puesto de manifiesto en los Fundamentos de Derecho III, IV y X ya ha adaptado su página web a la normativa citada y ha procedido a inscribir el fichero correspondiente.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencia de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013(SAN en adelante) 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.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO: ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00403/2015) a AISLAMIENTO TÉRMICO DE FACHADAS S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 22.2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

SEGUNDO: ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/0403/2015) a AISLAMIENTO TÉRMICO DE FACHADAS, S.L con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6, LOPD, con relación a la denuncia por infracción el artículo 5 y 26 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2 b) y c) y de la citada norma.

TERCERO: NOTIFICAR la presente Resolución a **AISLAMIENTO TERMICO DE FACHADAS S.L** 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.

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