

Procedimiento Nº A/0021/2019

RESOLUCIÓN: R/00432/2019

En el procedimiento A/0021/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos, a la entidad, TIENES MALABABA S.L. (www.malababa.com) (en adelante, “la entidad reclamada”), en virtud de la reclamación presentada por **A.A.A.** (en adelante, “la reclamante”) y teniendo como base los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: con fecha 11/01/19, la reclamante presenta escrito ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la que, entre otras, indica: *“Somos clientes de la tienda “Malababa”. Al acceder a la página web, no permite la opción de rechazar la política de cookies, sólo da la opción de aceptar. Sí que permite acceder a la política de cookies a través de un enlace al que se accede pinchando en Política de cookies. Una vez dentro de la página, no da tampoco la opción de rechazar la política de cookies”*. Se adjuntan las capturas de pantalla que lo aclaran.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD). Así, con fecha 18/02/19, se dirige un requerimiento informativo a la entidad reclamada.

TERCERO: Con fecha 04/04/19, la entidad reclamada presenta alegaciones, indicando en las mismas, entre otras, lo siguiente: *“Se adjunta: Copia del escrito de contestación que se ha remitido a nuestro cliente, indicándole el procedimiento que ha de seguir a efectos de eliminar las cookies que hayan podido haber sido instaladas en función del navegador que hubiese utilizado en aquel momento; así como, el análisis que se ha realizado y las medidas y ajustes implementados por Tienes Malababa S.L..”*

Se han tomado las siguientes medidas específicas: Modificaciones en el mensaje emergente para informar y aceptar cookies. Se han realizado modificaciones en el texto explicativo del uso de cookies indicando: “Que utilizamos cookies propias y de terceros”; los tipos de cookies: medición y analítica; el responsable del tratamiento de la información; el enlace al detalle de la política de cookies, ofreciendo dos botones: uno que permite aceptar las cookies, y otro que permite configurar y/o rechazar cookies.

El mensaje emergente se presenta en la parte inferior de la página, y no se oculta hasta que el usuario realiza una determinada acción. Cuando el usuario pulsa sobre el botón de configurar el emergente permite seleccionar los tipos de cookies (medición y publicidad. Se ofrecen unos checks, que por defecto no están marcados, y que el usuario tendrá que marcar si quiere permitir que utilicemos cada uno de los tipos de cookies. Se ofrecen dos botones para finalizar la configuración. El botón de, “aceptar todo”, permite aceptar los dos tipos de cookies sin necesidad de marcar de forma individual los checks. El botón de “guardar”, almacena la configuración concreta.

Sobre la política de cookies publicada en nuestro sitio web, se han realizado las siguientes modificaciones: 1. Se ofrece una descripción detallada de que son las cookies y del tipo de cookies que existen; 2. Se ofrece información de los tres tipos de cookies que se utilizan en la web de Malababa: identificación/sesión, analítica y publicidad; 3. Se ofrece información de los servicios de terceros que gestionan las cookies de analítica y publicidad (Pinterest, Facebook, Google, Zendesk). 4. Se ofrece detalle de cómo puede gestionar las cookies desde su navegador.

CUARTO: Con fecha 14/06/19, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el procedimiento de apercibimiento A/0021/2019 a la entidad reclamada, y en el que se la requería para que tomase las medidas adecuadas para incluir en la página web de su titularidad www.malababa.com, para que tome las medidas adecuadas para incluir en la página web de su titularidad un mecanismo que permita prestar el consentimiento o revocar el mismo con relación al tratamiento de cookies realizado por la página en cuestión, y que no se carguen cookies con la mera visita a la página web.

QUINTO: Notificado el mencionado trámite de Audiencia, no se recibe en esta Agencia ningún escrito de la entidad reclamada, en el periodo concedido al efecto.

HECHOS PROBADOS

a.- Primera Capa.- En el acceso efectuado a la página web www.malababa.com, con fecha 14/08/19, se observa un banner de cookies, en la parte inferior de la pantalla que contiene el mensaje, “Desde Tienes Malababa SL, utilizamos cookies propias y de terceros, con fines analíticos y publicitarios. Puedes consultar el detalle en nuestra “política de cookies” , un enlace a la página de, “configurar/rechazar cookies” y la opción de “aceptar cookies”.

b.- Segunda Capa.- opción “configurar/rechazar cookies”: aparece el mensaje: “Tu privacidad es importante para nosotros, Puedes configurar tus preferencias y elegir como quieres que tus datos sean utilizados para los siguientes propósitos. Por favor, marque con las casillas situadas a la derecha los tipos de cookies que quiere permitir, y pulse en el botón de “guardar” o “aceptar todo”, permitiendo aceptar o rechazar las cookies por tipología: Cookies de analítica y Cookies publicitarias.

3º Dentro de la página de “política de cookies”, accesible desde la página principal de la web, se da información sobre los datos de contacto del Servicio de Protección de Datos. Existe información sobre la utilización de cookies (necesarias, de análisis, de publicidad); también existe información de cómo desactivar las cookies, así como, de los servicios de terceros que gestionan las cookies de analítica y publicidad (Pinterest, Facebook, Google, Zendesk).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

II

La valoración conjunta de la prueba documental obrante en el procedimiento trae a conocimiento de la AEPD una visión de la actuación de la entidad reclamada, que ha quedado reflejada en los hechos declarados probados.

La entidad TIENES MALABABA S.L., es la persona jurídica responsable de dichos hechos. Responsabilidad circunscrita, por razones de competencia relacionados con el 22.2 de la LSSI, que dispone: *“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos.*

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.

Según se desprende del citado artículo, el modo de ofrecer la información no obedece a supuestos tasados, cualquier fórmula que satisfaga la finalidad del precepto es perfectamente válida.

Así, si el prestador de servicios utiliza un sistema de información por capas, la segunda capa debe complementar a la primera. En la primera capa debe mostrarse la información esencial sobre el uso de cookies, que, como mínimo, deberá reseñar: si son propias y/o de terceros, las finalidades de las cookies empleadas, modo en que el usuario puede prestar el consentimiento o rechazar la instalación de cookies, advirtiendo, en su caso, de que, si se realiza una determinada acción, se entenderá que acepta el uso de las cookies, existencia del derecho a revocar el consentimiento. Además, deberá incluir un enlace claramente visible a la segunda capa informativa, donde se incluirá una información más detallada.

La información ofrecida en la segunda capa, que deberá encontrarse disponible en forma permanente en el sitio web o en la aplicación, deberá incluir la siguiente información: - qué son y para qué se utilizan las cookies, - los tipos de cookies utilizadas y su finalidad, - período de conservación de los datos para los diferentes fines, - forma de revocar el consentimiento ya prestado, - forma de permitir, bloquear o eliminar las cookies enunciadas a través de las funcionalidades facilitadas por el editor o el terminal, - las herramientas proporcionadas por el navegador o a través de las plataformas comunes que pudieran existir para esta finalidad, pudiendo también proporcionar información sobre la configuración de las opciones de los principales navegadores, - y ofrecer información sobre la identificación de quien utiliza las

cookies, esto es, si la información obtenida por las cookies es tratada solo por el editor y/o también por terceros con los que el editor haya contratado la prestación de un servicio para el cual se requiera el uso de cookies, con la identificación de estos últimos.

III

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

El artículo 39 bis, 2, de la LSSI, bajo el epígrafe “Moderación de las sanciones”, estipula lo siguiente: “2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos: a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley y b) que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

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

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello, y de conformidad con las evidencias de las que se dispone en el presente momento, se aprecia que concurre la circunstancia, prevista en el artículo 39 bis, apartado 1.a), que dispone que “Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40”, concurriendo en este caso los criterios d) y e) del citado precepto, por cuanto no hay constancia de la existencia de perjuicios causados ni de beneficios obtenidos a raíz de la supuesta comisión de la infracción descrita.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos ACUERDA:

ARCHIVAR: el procedimiento A/0021/2019 seguido a la entidad, TIENES MALABABA S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción del artículo 22.2 de la citada norma.

NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad, TIENES MALABABA S.L.

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, 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 de la referida Ley.

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