



Expediente N°: E/02976/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante Doña **A.A.A.**, en virtud de denuncia presentada por Don **B.B.B.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 15 de abril de 2014, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **B.B.B.**, en el que manifiesta que el sitio web <http://.....> no cumple con los artículos 10 y 22.2 de la LSSI (Ley 24/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico) y cita una de las cookies instaladas.

El 13 de mayo de 2014 tiene entrada un escrito del denunciante en el que aporta varias páginas con los datos obtenidos de las cookies descargadas.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El sitio web denunciado fue creado por Doña **A.A.A.**, en adelante LA EDITORA, y según sus propias manifestaciones *"...el blog de "Especialista" no es una razón social sino un grupo de personas que escriben bajo esa denominación sin ningún tipo de relación comercial o legal, solo por afinidad de intereses."*
2. El 6 de agosto de 2014 se mantuvo una conversación telefónica con LA EDITORA en la que manifestó desconocer el incumplimiento del sitio web en relación con la normativa en materia de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, en adelante DARD, y solicitó información sobre la forma en la que poder adaptar el sitio web a dicha normativa. Con ese fin el Subinspector actuante remitió por correo electrónico a LA EDITORA un enlace a la "Guía sobre el uso de las cookies" elaborada por esta Agencia.
3. El 6 de agosto de 2014, se accede al sitio web denunciado utilizando los navegadores Google Chrome versión 36.0.1985.125 m y Mozilla Firefox portable versión 31.0 y el complemento Firebug 2.0.2.

Al acceder al sitio web denunciado se observó que en la cabecera de la página aparecía una barra informativa con el siguiente texto: *"Este sitio emplea cookies como ayuda para prestar servicios. Al utilizar este sitio, estás aceptando el uso de cookies"*. Al texto le siguen dos botones, uno con el texto "Más información" que enlaza con la página "Cómo utiliza Google las cookies" y otro con el texto "Entendido" que al ser pulsado oculta la barra informativa y descarga una cookie denominada "BLOGGER_EPRIVACY" asociada al dominio blogger.com.

La barra informativa descrita aparece en todas las páginas del blog visitadas y únicamente se oculta tras pulsar el botón “Entendido”. La barra forma parte de la infraestructura tecnológica del servicio de bitácora Blogspot que es prestado por Google Inc. Se ha comprobado que al acceder a otros blogs (o bitácoras) alojados bajo el dominio blogspot.com.es la misma barra y con el mismo comportamiento se muestra en dichos sitios.

Durante el acceso se descargaron los siguientes DARD:

Dominio	Nombre	Primera - Tercera parte	Caducidad
blogergadgets.googlecode.com	PREF	Tercera	Persistente
blogger.com	BLOGGER_EPRIVACY	Tercera	Persistente
blogger.com	NID	Tercera	Persistente
blogger.com	S	Tercera	Sesión
www.blogger.com	PREF	Tercera	Persistente
google.com	NID	Tercera	Persistente
mujeresconstruyendo.com	ning_session	Tercera	Persistente*
mujeresconstruyendo.com	xn_visitor	Tercera	Persistente
statcounter.com	is_unique	Tercera	Persistente
twitter.com	guest_id	Tercera	Persistente
twitter.com	pid	Tercera	Persistente
youtube.com	PREF	Tercera	Persistente
youtube.com	VISITRO_INFO1_LIVE	Tercera	Persistente
youtube.com	YSC	Tercera	Sesión
s.ytimg.com		Tercera	Persistente

4. El 13 de octubre de 2014 se accede al sitio web denunciado utilizando los navegadores Google Chrome versión 37.0.2062.124 m y Mozilla Firefox versión 32.0.3 y el complemento Firebug 2.0.4. Durante el acceso se descargaron los mismos DARD que en la prueba descrita en el punto anterior excepto los DARD asociados al dominio youtube.com y s.ytimg.com y la cookie denominada guest_id del dominio twitter.com que no se descargó. Además apareció un nuevo DARD denominado “aviso” asociado al dominio

Durante esta segunda prueba pudo comprobarse que, además de la barra informativa hallada en la prueba anterior, otra barra informativa se muestra en la parte inferior del blog. Esta barra informativa informa de que “*Usamos cookies propias y de terceros para mostrar publicidad personalizada según su navegación. Si continua navegando consideramos que acepta el uso de cookies.*”. Al texto le siguen dos botones, uno con el texto “OK” que al ser pulsado oculta esta barra informativa y descarga una cookie denominada “aviso” asociada al dominio y

otro con el texto “Más información” que enlaza con la página “Tipos de cookies que utiliza Google”.

Al contrario que en la barra descrita previamente, esta únicamente se muestra en la página principal.

Durante esta prueba también se observó que había sido añadido un enlace a la “política de cookies” en el conjunto de enlaces fijos del blog.

5. Respecto de las finalidades de las cookies descargadas:

5.1. La finalidad de las cookies aviso y `BLOGGER_EPRIVACY` es de configuración ya que sirven para recordar que el usuario ha manifestado haber sido informado sobre el uso de los DARD en el sitio visitado y ocultar las respectivas barras informativas.

5.2. En la información proporcionada por Google en los enlaces citados previamente no se hace referencia a los DARD utilizados en un servicio determinado sino que se describe la finalidad de algunos DARD atendiendo a su nombre sin especificar su dominio.

Sobre los DARD denominadas PREF y NID se informa de que “Google utiliza cookies, como las cookies PREF, NID y SID, para poder personalizar los anuncios que se muestran en los servicios de Google como, por ejemplo, la Búsqueda de Google. Utilizamos esas cookies, por ejemplo, para recordarte tus búsquedas más recientes, tus interacciones anteriores con los resultados de búsqueda o con la publicidad de un anunciante y tus visitas al sitio web de un anunciante. De ese modo, podemos mostrarte anuncios personalizados en Google.”

El DARD denominado PREF parece tener más de una finalidad ya que en esa misma página se indica que “La cookie PREF puede almacenar tus preferencias y otra información, en concreto tu idioma preferido (por ejemplo, inglés), así como el número de resultados de búsqueda que quieres que se muestren por página (por ejemplo, 10 o 20) y si quieres que esté activado el filtro SafeSearch de Google.”.

5.3. Se desconoce la finalidad del DARD denominado “S”.

5.4. No se ha localizado información sobre la finalidad de los DARD asociados al dominio `twitter.com` pero por su denominación, contenido y persistencia parecen tener la finalidad de identificar al usuario y permiten el seguimiento de la navegación de éste.

5.5. Los dominios `youtube.com` y `s.yimg.com` están registrados a nombre de YOUTUBE LLC, sociedad que presta servicios de video bajo demanda (streaming de video).

Se ha comprobado que estos DARD únicamente se descargan al acceder a alguna de las páginas del sitio web que incluyen un video alojado en el servicio de video de Youtube.

No se ha podido localizar información proporcionada por YOUTUBE LLC que identifique la finalidad particular de cada una de las tres cookies HTTP o de la flash cookie descargada.

5.6. Los DARD asociados al dominio `mujeresconstruyendo.com` parecen estar

vinculados a un servicio (www.ning.com) que permite crear redes sociales. La finalidad declarada de ning_session es un identificador de sesión que se utiliza en la depuración de código para contar el número de páginas vistas en una misma sesión. Caduca después de una hora.

- 5.7. El DARD del dominio statcounter.com pertenece al conjunto de los utilizados por una herramienta de analítica web y tiene como finalidad declarada la de identificar al visitante para saber si es o no la primera vez que navega por el sitio web.
6. La política de cookies hallada durante la prueba de acceso realizada el 13 de octubre de 2014 contiene la siguiente información:

6.1. Definición de cookie

6.2. Tipos de cookies utilizadas en el sitio web que corresponden a:

Analítica web (Google Analytics)

Personalización que “Son aquéllas que os permiten acceder al servicio con algunas características de carácter general predefinidas en función de una serie de criterios en el terminal del usuario como por ejemplo serían el idioma...”.

Cookies técnicas y de Blogger, Twitter, Facebook y Youtube que “Son aquéllas te permiten la navegación a través del blog de “Especialista” y la utilización de las diferentes opciones o servicios que en ella existan como, por ejemplo, controlar el tráfico y la comunicación de datos, identificar la sesión, acceder a partes de acceso restringido, realizar donaciones, hacer comentarios sin registrarte cada vez, poner me gusta y no me gusta en los post, realizar la solicitud de inscripción o participación en un evento, utilizar elementos de seguridad durante la navegación, almacenar contenidos para la difusión de videos o sonido o compartir contenidos a través de redes sociales.”.

6.3. Un enlace a la política de privacidad de Google

6.4. Enlaces a las páginas de soporte de los navegadores más utilizados en los que se describe cómo configurar éstos para aceptar o rechazar el uso de cookies.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

Con carácter previo al estudio del fondo del asunto, hay que reseñar que durante la tramitación del procedimiento se ha promulgado la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda ha introducido importantes modificaciones en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la

Información y de Comercio Electrónico, las cuales, tal y como se expone más adelante, han sido tenidas en cuenta en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

III

Los hechos objeto de imputación del presente expediente constituyen infracción a lo previsto en el artículo 22.2 LSSI, precepto que bajo la rúbrica *“Derechos de los destinatarios de los servicios”*, y que teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones dispone lo siguiente:

“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”.

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.

Dicho precepto se ha integrado en la LSSI utilizando conceptos propios de dicha norma; y se trata de conceptos legales, no vulgares, que cuentan con una definición establecida en la propia ley que los delimita.

Por un lado, 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: (...)

Por otro lado, tanto la rúbrica del artículo 22.2 de la LSSI como el tenor literal del artículo hablan del destinatario, que según el apartado d) del Anexo de la LSSI es la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información.

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.

IV

La incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/136/CE se introdujo en virtud del artículo 4.3 del Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, que tenía por objeto la trasposición de directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas (Directiva 2009/136/CE), dando lugar a la modificación del artículo 22.2 de la LSSI vigente hasta ese momento.

En la Exposición de Motivos del citado Real Decreto Ley se indica que mediante el mismo *“se efectúa la incorporación al ordenamiento jurídico español del nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas, marco que está compuesto por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Ciudadanos), y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (LCEur 2009, 1993) (Mejor Regulación).*

La transposición de estas Directivas se efectúa mediante la modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como una modificación puntual de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”.

La Exposición de Motivos ahonda en esta cuestión señalando que: *“Por último, se modifican varios artículos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, a fin de adecuar su régimen a la nueva redacción dada, por la Directiva 2009/136/CE, a la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, debiéndose destacar la nueva redacción que se da a su artículo 22.2, para exigir el consentimiento del usuario sobre los archivos o programas informáticos (como las llamadas «cookies») que almacenan información en el equipo de usuario y permiten que se acceda a ésta; dispositivos que pueden facilitar la navegación por la red pero con cuyo uso pueden desvelarse aspectos de la esfera privada de los usuarios, por lo que es importante que los usuarios estén adecuadamente informados y dispongan de mecanismos que les permitan preservar su privacidad”.*

Por lo tanto, para garantizar la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados, 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.

V

Conforme a las definiciones legales anteriores, se considera que Doña **A.A.A.**, en su condición de editora responsable del sitio web <http://.....>, ostenta la condición de Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información, por lo que debe dar cumplimiento a las obligaciones previstas para los mismos en el artículo 22.2 de la LSSI, estando, en caso contrario, sujeta al régimen sancionador previsto en dicha norma.

Además, conviene recalcar, que con independencia de lo indicado en la mencionada Guía, lo sustancial a los efectos que nos ocupan es que el propio precepto establece que será el prestador del servicio de la sociedad de la información el responsable de dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas en el mismo.

En este supuesto hay que tener presente que las cookies no exceptuadas respecto de las cuales se exige al editor el cumplimiento del deber de información sobre su utilización y finalidades se descargan en los equipos terminales de los usuarios porque éste, en el momento de configurar la página web, decidió incluir en la misma contenidos de terceros que las utilizan o ha empleado software de terceros que las requieren para poder prestar los servicios pretendidos. En todo caso, constituye su

responsabilidad realizar las actuaciones necesarias para conocer la tipología y finalidades de las cookies de primera y tercera parte que se van a instalar en los equipos de los internautas que utilizarán las diferentes funcionalidades incluidas en el sitio web, recayendo, por ello, sobre el editor del mismo, y con independencia de las obligaciones de información que también puedan tener los terceros, la obligación de actuar con la diligencia necesaria para obtener dicha información al objeto de poder trasladarla a los usuarios que visiten el sitio web de su titularidad. Por ello, deberá acreditar que ha realizado las gestiones pertinentes para recabar dicha información de los terceros en cuestión.

En consecuencia, ha quedado justificado que es responsabilidad del editor, en este caso de Doña **A.A.A.**, como titular del dominio en que se aloja el sitio web, informar a los internautas sobre el uso y las finalidades de las cookies propias y de terceros utilizadas en el mismo que no estén exceptuadas de dicha obligación.

VI

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 con anterioridad al 6 de agosto de 2014, el sitio web denunciado no contaba con ningún tipo de información sobre el uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos. Igualmente, se ha constatado durante la realización de las Actuaciones Previas de Investigación que cumplía con las exigencias de información sobre cookies, circunstancia comprobada al visitar el sitio web en cuestión.

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 en un cuadro adjunto que señale el dominio bajo el cual figura la cookie, el nombre de la misma, 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.

Aunque el artículo 22.2 de la LSSI no establece qué aspectos concretos sobre las cookies empleadas deben ser objeto de información, sin embargo si precisa que la información ofrecida debe ser *“clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos”*, motivo por el cual esta Agencia considera que para dar correcto cumplimiento a dicho requisito el usuario debe tener acceso a los datos anteriormente reseñados, cuyo conocimiento le permitirá a mencionada información.

En relación con esta cuestión 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 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, para el envío de publicidad basado en el mismo o como medio para el desarrollo de otros productos y servicios concretos.

VII

En el momento en que se iniciaron estas actuaciones previas de investigación, el artículo 38.4.g) de la LSSI, vigente en esas fechas, establecía como 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.”*.

Durante la tramitación del citado expediente se ha producido una modificación en la LSSI operada por la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, publicada en el BOE nº 114 de fecha 10 de mayo de 2014, la cual ha afectado, entre otros, al citado artículo 38.4.g) de la LSSI, que en su nueva redacción califica como infracción leve: *“g) 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.”*

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable *“es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”*.

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*.

Asimismo, en Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (recurso 419/2002), 31 de enero de 2007 (recurso 8873/2003) y 13 de febrero de 2008 (recurso 2110/2004), entre otras muchas, se afirma que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y *“...tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de*

enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial."

En consecuencia, en aplicación del anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el nuevo régimen sancionador de la LSSI más favorable para la entidad infractora que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

Esta conducta, consistente en el incumplimiento del deber de información previsto en el primer párrafo del artículo 22.2 de la LSSI, encuentra su tipificación en la infracción leve prevista en el citado artículo 38.4.g) de la LSSI, que a tenor de lo establecido en el vigente artículo 39.1.c) de la LSSI podrá sancionarse con multa de hasta 30.000 €.

VIII

A su vez, 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 procedería apercibir a la editora denunciada, en lugar de acordar una resolución sancionadora.

Ello en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del artículo 39 bis 2 de la LSSI 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.

En especial, se entiende que concurre el supuesto a) del artículo 40 de la LSSI derivado de la existencia de una cualificada ausencia de intencionalidad por parte del infractor en la comisión de la infracción imputada, ya que ha quedado probado que tan pronto como la persona imputada conoció el problema, durante las actuaciones previas de inspección practicadas procedió, en forma inmediata, a regularizar la situación conforme exige el artículo 22.2 de la LSSI. Igualmente, concurren los criterios d) y e) del citado precepto teniendo en cuenta la inexistencia de perjuicios alegados por el denunciante y la falta de constancia de que el infractor haya obtenido beneficios con motivo de los hechos imputados.

El artículo 45.6 de la LOPD, introducido a través de la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone:

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

en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

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

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

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

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LSSI de la que se responsabiliza a la denunciada es una infracción “leve”; que la denunciada no ha sido sancionada o apercibida por este organismo en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.5 de la LOPD. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD **no acuerde la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.**

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), 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.

Como se ha señalado, en el asunto que examinamos la denunciada adoptó con diligencia las medidas correctoras necesarias para adecuar su conducta a las exigencias de la LSSI, incluyendo en el sitio web <http://.....> información adecuada al tipo de cookies que utiliza.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que **la denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas**, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a Doña **A.A.A.**, y a Don **B.B.B.**

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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