Expediente Nº: E/02978/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante el ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ÁLAVA, en virtud de denuncia presentada por Don ***A.A.A.,*** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 23 de abril de 2014, tuvo entrada en esta Agencia escrito remitido por Don ***A.A.A.,*** en la que manifiesta que el sitio web www.icaalava.com no cumple con los artículo 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.

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. La competencia sancionadora de esta Agencia, en lo que respecta al a la Ley 24/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, queda establecida en el párrafo segundo del artículo 43.1 de dicha norma, donde se indica que "*…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.*".

   Los hechos denunciados no tienen relación con las infracciones previstas en los artículos 38.3 c), d) y 38.4 d) y h) por lo que las presentes actuaciones se limitarán a las presuntas infracciones de lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LSSICE.

2. El editor responsable del sitio web www.icaalava.com es el ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ÁLAVA.

   En el sitio web no se localiza ninguna información relativa al uso de dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, en adelante DARD, en equipos terminales.

3. En fecha 6 de agosto de 2014, se accedió 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. Durante el acceso únicamente se descarga una cookie de sesión denominada ASPSESSIONIDSSSTDQDA.

4. Las cookies cuya denominación comienza por "ASPSESSIONID" son utilizadas por los sitios web construidos sobre una plataforma con tecnología Microsoft ASP.NET.

   La finalidad ese tipo de cookies es la gestión de una sesión de usuario en el sitio web.

5. El Dictamen 4/2012 sobre la exención del requisito de consentimiento de cookies pone como ejemplo de uso exceptuado en su punto 3.1 el de "*…las cookies de sesión que se utilizan para rastrear las acciones del usuario en una serie de*

intercambios de mensajes con un proveedor de servicios de manera coherente" y esa es la finalidad de la cookie descargada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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.

II

Los hechos objeto de denuncia podrían encuadrarse en la previsión del 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.

III

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.

IV

Conforme a las definiciones legales anteriores, se considera que EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALAVA es el editor responsable del sitio web www.icaalava.com, que utiliza cookies cuya finalidad es la gestión de una sesión de usuario en el sitio web; cookies de sesión que están exentas del requisito del consentimiento.

En relación con las denominadas "cookies de personalización de la interfaz de usuario" en el Dictamen 4/2012 se señala que *" Sólo se instalan si el usuario ha solicitado expresamente que se recuerde una determinada información, por ejemplo pulsando un botón o marcando una casilla.*", añadiéndose sobre ellas que *"Por su propia naturaleza, únicamente los cookies de sesión (o de corta duración) que almacenan dicha información están exentos del requisito de consentimiento con arreglo al CRITERIO B."*

Todo ello teniendo en cuenta que en dicho documento se señala que el artículo 5.3 de la Directiva 2002/28/CE, *"permite que los cookies queden exentos del requisito de consentimiento informado si cumplen alguno de los siguientes criterios:*

CRITERIO A: el cookie se utiliza «al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas».

CRITERIO B: el cookie es «estrictamente necesario a fin de que el proveedor de un servicio de la sociedad de la información preste un servicio expresamente solicitado por el abonado o el usuario», puntualizando en lo concerniente al criterio B *"que un servicio de la sociedad de la información debe considerarse como la suma de varias funcionalidades, y que el alcance exacto de dicho servicio puede, por tanto, variar según las funcionalidades que solicite el usuario (o abonado).*

En consecuencia, el CRITERIO B puede reformularse según las «funcionalidades» que ofrezca un servicio de la sociedad de la información. Por tanto, un cookie que cumpla el CRITERIO B tendría que reunir las siguientes condiciones:

1) que el cookie sea necesario para prestar una funcionalidad específica al usuario (o abonado): si los cookies no funcionan, la funcionalidad no se prestará.

2) que la funcionalidad haya sido solicitada explícitamente por el usuario (o abonado), como parte de un servicio de la sociedad de la información."

Por lo tanto, 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 al ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ÁLAVA y a Don ***A.A.A..***

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.

Sin embargo, el responsable del fichero de titularidad pública, de acuerdo con el artículo 44.1 de la citada LJCA, sólo podrá interponer 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 LJCA, 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