

Dictamen en relació amb la consulta d'un Col·legi d'Advocats, en relació amb l'ús de les aplicacions "Whatsapp" i "Spotbros" en l'àmbit professional de les relacions entre advocat i client.

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'un Col·legi d'Advocats, en què es demana el parer de l'Autoritat en relació amb els riscos que suposa l'ús de l'aplicació "Whatsapp" en l'àmbit professional de les relacions entre l'advocat i el client, i el grau d'adequació d'aquesta aplicació a la normativa de protecció de dades, considerant diversos dictàmens existents en l'àmbit europeu en relació amb les aplicacions en dispositius intel·ligents. També es demana el parer sobre l'adequació de l'aplicació espanyola de missatgeria instantània "Spotbros" en l'àmbit professional de les relacions entre advocat i client.

Analitzada la petició, vista la normativa vigent aplicable, l'informe del Coordinador d'Auditoria i Seguretat de la Informació de l'Autoritat, i l'informe de l'Assessoria Jurídica es dictamina el següent.

I

(...)

II

La consulta fa referència al Dictamen 2/2013, sobre apps en dispositius intel·ligents (*"Opinion 2/2013, on apps on smart devices"*), emès en data 27 de febrer de 2013 pel Grup de Treball de l'Article 29 de la Directiva europea 95/46/CE, de protecció de dades personals (en endavant, GT29). També fa referència al Dictamen de l'Autoritat de Protecció de Dades d'Holanda, *"Investigation into the processing of personal data for the "whatsapp" Mobile application by WhatsApp, Inc."*, de gener de 2013, i al Dictamen de l'Autoritat Federal de Canadà (Office of the Privacy Commissioner of Canada), *"Findings under the Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)"*, de gener de 2013.

El Dictamen 2/2003 del GT 29, constata l'existència de riscos per a la protecció de dades personals i la privacitat, generats per l'ús de les anomenades "apps" (aplicacions) per a aparells o dispositius intel·ligents ("smart devices"). Aquests riscos s'analitzen a partir del marc legal aplicable al tractament de dades personals en el desenvolupament, distribució i ús de les apps, que ve fixat per la Directiva 95/46/CE, citada, així com per la Directiva 2002/58/CE, de privacitat i comunicacions electròniques.

Des del moment que a través de l'ús de Whatsapp i de Spotbros es produeix un tractament de dades personals, les consideracions del GT29 respecte els diferents principis i garanties de protecció de dades han de ser tingudes en compte.

Pel que fa als Informes de l'Autoritat Federal de Canadà i de l'Autoritat de Protecció de Dades d'Holanda, ambdós de gener de 2013, són el resultat d'una investigació que ambdues Autoritats han dut a terme de forma conjunta i coordinada, cadascuna en el

seu àmbit d'actuació, en relació amb el tractament de dades que realitza "WhatsApp Inc.", és a dir, l'empresa que desenvolupa "Whatsapp", que és una de les aplicacions sobre les que es formula la consulta.

Mentre l'informe de l'Autoritat canadenca analitza els problemes i riscos que pot presentar l'ús de Whatsapp en atenció a la PIPEDA (Llei federal de Canadà de protecció de la informació personal i de documents electrònics), l'informe de l'Autoritat holandesa fa la seva anàlisi en atenció a les Directives europees, esmentades, i a la Llei de protecció de dades holandesa.

Cal fer notar que l'informe de l'Autoritat holandesa explicita el compromís de Whatsapp de millorar una sèrie de qüestions, en concret, el risc en la seguretat de les contrasenyes dels usuaris inactius, el període de retenció de dades i la informació que dóna sobre aquest període, i l'addició d'una advertència a l'usuari sobre la distribució dels missatges d'estat. La informació continguda en l'apartat de la política de privacitat de la web de Whatsapp ha estat actualitzada en data 7 de juliol de 2012. Per tant, es dedueix que les diverses modificacions que Whatsapp s'ha compromès a fer, si més no la informació als usuaris sobre aquests extrems, per millorar la privacitat dels usuaris, encara no haurien estat implementades.

III

Per tal de situar la consulta, cal descriure, encara que sigui breument, les dues aplicacions citades i al seu funcionament, en base a la informació disponible en les respectives pàgines web, www.whatsapp.com i www.spotbros.com.

Segons la web citada, Whatsapp Messenger és una aplicació de missatgeria multiplataforma que permet enviar i rebre missatges disponible per a iPhone, BlackBerry, Windows Phone, Android i Nokia, de manera que tots aquests dispositius poden comunicar-se entre sí, sense cost addicional per a l'usuari. Whatsapp permet enviar missatges de text i arxius de tipus imatge, vídeo i àudio. A més d'utilitzar la missatgeria bàsica, els usuaris de Whatsapp poden crear grups (xats), de manera que l'usuari, que en serà l'administrador, pot incloure a la resta d'usuaris per a participar en el xat. Whatsapp també permet als usuaris enviar entre els membres del xat imatges, vídeos i missatges d'àudio. L'usuari pot crear fins a 50 xats, amb un número màxim de 50 participants.

Pel que fa al seu funcionament, Whatsapp utilitza la connexió a Internet de l'usuari –el pla de dades que té l'usuari per al correu electrònic i Internet-, per que aquest pugui enviar missatges als seus contactes, segons s'explica en les FAQ (preguntes freqüents). En el moment que algú s'instal·la Whatsapp en un terminal, la plataforma accedeix a tots els telèfons de contacte emmagatzemats en aquest terminal, independentment de si tenen instal·lat o no Whatsapp. És a dir, Whatsapp llegeix tots els números de telèfon de l'agenda de l'usuari per comprovar quins d'aquests números estan registrats a Whatsapp. Els contactes que també disposen de Whatsapp apareixen en la llista de "favorits" i en la pantalla de "xats". Whatsapp mostra els noms dels contactes, tal i com els té emmagatzemats l'usuari a la seva agenda.

Spotbros és una aplicació de missatgeria instantània que permet a l'usuari enviar missatges als seus contactes. En concret, Spotbros permet enviar missatges de text i arxius d'imatge, vídeo i àudio. Segons s'explica en les FAQ, actualment Spotbros es troba disponible en smartphones i tablets per a Android i iOS (sistema operatiu mòbil de l'empresa Apple Inc. per a iPhone). Spotbros no només pot utilitzar-se per a

l'enviament de missatges privats, sinó que també incorpora certes característiques de "xarxa social", si l'usuari utilitza els xats que ofereix Spotbros. En concret, aquesta app permet crear "grups privats", "spots" i "shouts".

Els "grups privats" de Spotbros són xats privats sense límit de participants que qualsevol usuari pot crear, i convidar els seus contactes a participar-hi. L'usuari que crea el grup, com a administrador, li atribueix un nom i una descripció per informar als contactes sobre la temàtica d'aquest. Els "spots" són grups de xat públic sense límit de participants que es creen en una zona determinada, amb un interès o temàtica concreta. L'usuari pot utilitzar un buscador de Spotbros per trobar els spots d'una zona (el buscador "SBoole", permet buscar spots i altres usuaris). Spotbros també permet enviar un "shout", és a dir, una crida a d'altres usuaris que es troben a la zona. El "shout" arriba als primers 100 usuaris en un radi de 1500 metres. En les FAQ s'explica que l'usuari pot desactivar la localització, de manera que no pugui enviar ni rebre "shouts" ni escanejar "spots" propers.

Pel que fa al seu funcionament, segons les FAQ de Spotbros, per tal que una persona esdevingui un contacte ha d'existir una coincidència bidireccional en els números de telèfon, és a dir, que l'usuari ha de tenir el número de l'altra persona emmagatzemat en la seva agenda de telèfon, i viceversa. Quan no hi ha aquesta coincidència de números, s'envia una petició d'amistat que el destinatari pot acceptar o refusar.

IV

Pel que fa al marc legal aplicable, la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) s'aplica a qualsevol tractament de dades personals, quan el tractament s'efectua en territori espanyol, o quan al responsable del tractament no establert en territori espanyol li és aplicable la legislació espanyola (article 2.1.a) i b) de la LOPD). Segons l'article 2.1.c) de la LOPD, aquesta llei s'aplica en els casos en què el responsable no està establert a la UE però utilitza, per a tractar les dades personals, mitjans situats en territori espanyol.

Segons l'article 3.d) de la LOPD, és responsable *"la persona física o jurídica, de naturalesa pública o privada, o òrgan administratiu, que decideixi sobre la finalitat, el contingut i l'ús del tractament"*.

En el funcionament de les apps s'identifiquen diversos intervinents, entre d'altres, les empreses titulars de les apps, les empreses que les creen, desenvolupen o comercialitzen, les empreses relacionades amb la creació dels diferents dispositius (telèfons intel·ligents, tabletetes...) en què els usuaris s'instal·laran les apps, o les empreses proveïdores de publicitat que rep l'usuari pel fet d'utilitzar les apps. A aquests efectes es podrien identificar diversos responsables o, com a mínim, diversos graus de responsabilitat sobre el tractament de les dades dels usuaris. L'existència de diversos intervinents pot suposar en sí mateixa un cert risc per a la privacitat, en la mesura que el tractament de la informació dut a terme per algun d'ells no compleixi els principis i obligacions de la normativa de protecció de dades.

Sens perjudici de la resta d'intervinents, en aquest informe ens referirem a les empreses responsables de l'explotació comercial de Whatsapp i Spotbros. En principi, aquestes empreses decideixen quin tractament fan de les dades dels usuaris que volen utilitzar aquestes apps, i estableixen les condicions d'ús de les apps. Si ens atenim a la informació que ambdues empreses posen a disposició dels usuaris en les respectives pàgines web ("Terms of service" de Whatsapp i "Términos y condiciones"

de Spotbros), aquestes determinen quina informació utilitzaran i quina no, incloent dades personals de l'usuari i dels contactes de l'usuari, i per a quines finalitats (principalment, donar el servei a l'usuari per tal que aquest pugui utilitzar l'app). Per tant, aquestes empreses són responsables del tractament de dades dels usuaris, als efectes de l'article 3.d) de la LOPD.

Segons la pàgina web de Spotbros (apartat de "Termes i condicions"), SPOTBROS TECHNOLOGIES, SL, és una empresa mercantil espanyola que té domicili social a Madrid. Per tant, la LOPD és aplicable al tractament de dades personals derivat de l'ús de Spotbros (article 2.1.a) de la LOPD). Entre d'altres qüestions, Spotbros informa que les dades facilitades per l'usuari a través del registre en la web mitjançant l'ús del Servei SB, s'incorporen a un fitxer de dades personals responsabilitat de la mercantil Spotbros. Això pot clarificar l'exercici de drets ARCO (accés, rectificació, cancel·lació i oposició, reconeguts a la LOPD), per part dels usuaris interessats que utilitzen Spotbros.

Pel que fa a Whatsapp, l'aplicació de la LOPD pot plantejar una problemàtica particular. Segons s'explicita en la informació legal disponible, exclusivament en anglès, a la web www.whatsapp.com ("Terms of service", apartats 10 i 11), l'usuari que s'instal·la l'app s'obliga a sotmetre's, en cas de qualsevol conflicte legal que es pugui produir, a la jurisdicció de Califòrnia. Segons això, en cas d'existir un desacord entre l'usuari i Whatsapp, la normativa aplicable no seria l'espanyola. En el mateix apartat 11 de les condicions de servei citades, Whatsapp estableix que l'acord entre l'usuari i l'empresa es determina, exclusivament, en les dites clàusules, i en la política de privacitat de la mateixa web, de manera que l'empresa exclou qualsevol aplicació d'altra normativa –en aquest cas, l'europea-, a la relació que estableix amb els usuaris de l'app.

Malgrat això, si el responsable utilitza mitjans ubicats en un Estat membre de la UE, caldrà aplicar la llei nacional, en el nostre cas, la LOPD (considerant 20 i article 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE). Per tant, quan Whatsapp s'utilitza en dispositius d'usuaris que, com en el cas que ens ocupa, es troben a Espanya, caldria considerar l'aplicació dels principis i garanties de la LOPD. L'aplicació de la normativa europea en base a la utilització d'aquests mitjans pel responsable, ha estat analitzada pel GT29 en el Document de treball relatiu a l'aplicació internacional de la legislació comunitària sobre protecció de dades al tractament de les dades personals a Internet per llocs web establerts fora de la UE, de 30 de maig de 2002, i en el Dictamen 8/2010, sobre el Dret aplicable (ambdós disponibles a la web <http://ec.europa.eu>), als quals ens remetem.

També cal tenir en compte que l'article 5.3 de la Directiva 2002/58/CE, preveu que en relació amb l'emmagatzemament d'informació i l'obtenció d'accés a la informació emmagatzemada en el terminal d'un abonat o usuari, s'aplica el que disposa la Directiva 95/46/CE (en concret, en relació amb el consentiment i el deure d'informació a l'usuari).

Per tot això, es pot considerar que en relació amb el tractament de dades dels usuaris de Whatsapp i de Spotbros situats a Espanya, resulten aplicables els principis i garanties de la LOPD.

V

La consulta es formula en el context de les relacions que s'estableixen entre un advocat que exerceix a Catalunya i els seus clients.

Es pot descartar, d'entrada, que el tractament que realitza l'advocat de dades personals dels seus clients es situï en l'àmbit merament "domèstic" (article 2.a) LOPD), el qual exclouria l'aplicació de la normativa de protecció de dades. L'advocat o, si escau, l'empresa en la que presta els seus serveis, és "responsable" de determinats fitxers de dades (article 3.b) LOPD) en els que pot tractar informació personal dels seus clients. Atès que l'advocat és responsable del tractament de determinades dades personals dels seus clients, li és exigible l'aplicació dels principis i garanties de la LOPD, en relació amb aquest tractament.

Sens perjudici de la responsabilitat sobre el tractament de les dades dels usuaris de les apps que pugui correspondre a les respectives empreses (Whatsapp i Spotbros), l'advocat té un grau de responsabilitat específic respecte el tractament de les dades dels seus clients, que inclou l'elecció dels canals de comunicació més adients amb els seus clients.

Tenint en compte que és dada personal qualsevol informació relativa a persones físiques identificades o identificables (article 3.a) de la LOPD), cal considerar quina informació personal es tracta quan s'utilitzen les apps de missatgeria instantània objecte de consulta. Segons el Considerant 24 de la Directiva 2002/58/CE, "els equips terminals dels usuaris de xarxes de comunicacions electròniques, així com tota la informació emmagatzemada en aquests equips, formen part de l'esfera privada dels usuaris". La informació personal tramesa a través de les apps, doncs, ha de quedar protegida per la LOPD.

Amb la utilització de les apps es produeix una comunicació entre dues persones físiques (usuari i contacte), de manera que cal entendre que no només es tracten les dades de l'usuari, sinó també les dels seus "contactes", és a dir, les persones físiques que es troben identificades en la "llibreta d'adreces" de l'usuari. D'altra banda, a través de la utilització d'aquestes apps no només es tracta la informació personal que pugui figurar en els missatges de text, sinó també la continguda en els arxius adjunts, com ara fotografies.

Segons la pàgina web de Whatsapp, ("The information Whatsapp collects" i "The information Whatsapp does not collect"), es tracten dades que facilita l'usuari, com el número de telèfon mòbil, i informació associada al dispositiu mòbil. Whatsapp especifica que no recull noms, emails, adreces o altres dades de contacte més enllà dels números de telèfon mòbil de la llista de contactes.

Ara bé, més enllà d'això, la foto de perfil, l'estat de l'usuari, i la data i l'hora de l'última connexió de l'usuari, és informació personal accessible a qualsevol usuari autènticat a la plataforma. En concret, la "funció d'estat" dóna l'opció a l'usuari indicar als seus contactes la seva disponibilitat o situació en un moment determinat (trobar-se en una reunió, demanar que es derivin les trucades a un altre número...). El contingut dels missatges també pot consistir en informació personal. Per bé que Whatsapp considera que aquests aspectes no són informació personal subjecta a la política de privacitat de l'empresa, s'ha de considerar que és dada personal, ja que dóna informació sobre l'usuari (de la mateixa manera que la foto, o fins i tot la informació sobre la data i hora en què es connecta un usuari).

Segons la seva web ("Datos recabados"), Spotbros tracta les dades que facilita l'usuari a la web, el nom i número de telèfon dels contactes. També s'explica que l'usuari pot trametre i emmagatzemar dades de caràcter personal addicionals, com per exemple fotografies o altres continguts que s'adjunten a un missatge. El "contingut de l'usuari", segons la web, és tota aquella informació, gràfics, textos, imatges, software, arxius

d'àudio, vídeos, comunicacions, o qualsevol altre material publicat, enviat o compartit pels usuaris.

Per tant, l'ús d'aquestes apps en el marc de la relació advocat-client pot generar un tractament de dades personals del propi advocat, dels seus clients, en el cas que aquests es trobin en la llista dels contactes del telèfon que utilitza l'advocat, i fins i tot de terceres persones (de les quals pugui donar-se informació en un missatge tramès, o en un arxiu que s'adjunti al missatge, com pot ser una fotografia), que han de quedar protegides per la normativa de protecció de dades.

Cal fer avinent que, per la pròpia naturalesa de la relació entre advocats i clients, és possible que algunes de les informacions personals que es transmeten a través de les apps, és a dir, els continguts d'alguns missatges, incorporin dades especialment sensibles, és a dir, dades que la normativa protegeix de forma reforçada (article 7 de la LOPD). Entre d'altres, les dades de salut o les dades relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives, que és possible que es tractin en el context dels missatges tramesos entre advocat i client, són dades que la normativa protegeix especialment. La informació personal sensible que es podria comunicar entre els usuaris no es limita a la que es pot contenir en un missatge de text, sinó que, per exemple, els arxius d'imatge també podrien suposar el tractament de dades especialment sensibles, als efectes de l'article 7 de la LOPD.

Sens perjudici de les concrecions que es faran més endavant, atesa la naturalesa pròpia de les comunicacions entre un advocat i els seus clients, i tenint en compte que aquestes comunicacions poden incorporar dades sensibles, la utilització de les funcionalitats de les apps consistents en la participació en xats o grups de conversa oberts a un nombre més o menys nombrós de persones, no sembla probable, ni resultaria en cap cas aconsellable des de la perspectiva de la protecció de dades. En aquest informe ens referim, doncs, a la utilització de les apps, partint de la premissa que es produeix una comunicació privada entre l'advocat i el seu client, descartant que la comunicació es produeixi a través de xats o converses obertes.

VI

Qualsevol tractament de dades personals ha de disposar del consentiment previ del titular de les dades (3.e) LOPD), a menys que aquest no sigui exigible, principalment, per trobar-se habilitat per la llei (article 6 de la LOPD). El consentiment o, si escau, l'habilitació legal, és la base jurídica que permet a una app, en concret, als diferents responsables que hi intervenen, tractar dades personals de l'usuari de l'app.

Si s'examinen les condicions d'ús i la política de privacitat, tant de Whatsapp com de Spotbros, es pot comprovar que s'hi inclouen condicions generals o estàndards, que aquestes empreses fixen de manera unilateral –i que també poden modificar de manera unilateral- i que no deixen marge d'opció a l'usuari. La pàgina web de Whatsapp, www.whatsapp.com, indica a l'usuari que *“si no està d'acord amb les nostres pràctiques, si us plau, no utilitzi el lloc, software o servei de Whatsapp”*. De forma similar, la pàgina web de Spotbros, www.Spotbros.com (apartat de preguntes freqüents, FAQ), en explicar als usuaris el sistema per registrar-se, els indica el següent: *“introdueix el teu número de telèfon, email i contrasenya i accepta els termes.”*

En un i altre cas, l'usuari ha d'acceptar necessàriament el conjunt de les condicions preestablertes per Whatsapp o Spotbros per tal d'utilitzar l'app. Ara bé, tot i que pugui ser raonable, des de la perspectiva del principi de consentiment, que l'usuari hagi

d'acceptar necessàriament un cert nivell de tractament de les seves dades, en la mesura que això pugui ser necessari, des d'un punt de vista tècnic, per a la pròpia prestació d'un servei (que pugui fer servir l'app, en aquest cas), això no implica que resulti adequada la prestació d'un consentiment general, en el sentit d'una acceptació incondicionada, per utilitzar les dades de l'usuari o de terceres persones per a finalitats que no resultin estrictament necessàries per a la prestació del dit servei.

Sobre això, el Dictamen 2/2013 del GT29 recomana que, en el context de la utilització de les apps, les empreses sol·licitin un "consentiment granular" per cada tipus de dades a les que l'app accedirà, ja que el consentiment, en qualsevol cas, no legitima un tractament excessiu o desproporcionat en relació amb qualsevol tractament. És a dir, caldria distingir entre el tractament estrictament necessari per tal que es pugui utilitzar una app, d'altres tractaments –o del tractament d'altres dades- que no resultin necessaris a aquests efectes.

Aplicant aquestes consideracions al cas que ens ocupa, segons la pàgina web de Whatsapp, des del moment que s'instal·la l'app, l'usuari dona el seu consentiment exprés per tal que WhatsApp accedeixi a la llista de contactes (llibreta d'adreces dels números de mòbil), per tal de poder utilitzar el servei. Durant el procés d'instal·lació de Whatsapp, es sol·licita accés a la llibreta d'adreces o contactes de l'usuari. Un cop realitzada la instal·lació, Whatsapp utilitza la llista de telèfons (contactes) del telèfon mòbil de l'usuari, incloent els números de persones que no són usuàries de l'app, per tal de permetre la comunicació entre els usuaris de l'app, és a dir, per mostrar a l'usuari de l'app quins dels seus contactes utilitza la mateixa aplicació. Segons la web de Whatsapp, periòdicament s'accedeix a la llista de contactes ("address book") del telèfon mòbil de l'usuari, per localitzar els números de telèfons mòbils d'altres usuaris de Whatsapp ("in-network numbers") o per categoritzar altres números de telèfon mòbil com a no usuaris ("out-network numbers"). Això, a banda dels usuaris d'iPhone, ja que en aquest cas, com s'explica en les FAQ ("Whatsapp y contactos iPhone"), l'usuari sí té l'opció d'afegir de forma manual els contactes.

En aquest sentit, pot considerar-se que no s'aplica un consentiment granular, de manera que l'usuari pugui seleccionar els contactes a què tindrà accés Whatsapp, opció que seria més adequada des de la perspectiva del principi de consentiment. Mentre Whatsapp no faci extensible la possibilitat que l'usuari denegui l'accés a determinats contactes -com sí poden fer els usuaris d'iPhone, segons es desprèn de la informació disponible a les FAQ de Whatsapp-, es podria considerar que es produeix un tractament "excessiu", des de la perspectiva del principi de qualitat de les dades. Segons l'article 4 de la LOPD, les dades personals només es poden recollir i tractar quan siguin adequades, pertinents i no excessives en relació amb la finalitat determinada, explícita i legítima per a la qual s'han obtingut.

Amb més motiu, si tenim en compte que les dades de contacte (encara que sigui, només, el número de telèfon associat al nom de la persona), d'un client de l'advocat, per bé que són dades identificatives i, per tant, no són dades sensibles, poden relacionar-se amb altra informació que sí pot ser sensible (per exemple, especialització d'un advocat en determinats tipus de delictes).

Sobre això, segons la política de privacitat de Whatsapp, si l'usuari associa els números de telèfon dels seus contactes a un pseudònim, aquest és el nom que apareixerà en la llista de contactes. L'opció de l'usuari (l'advocat) d'atribuir "pseudònims" als seus contactes podria utilitzar-se per part d'aquest com a protecció envers un ús indegut de la identitat "real" dels seus clients (per exemple, atribuint un nom fictici, codi o número de referència associat al número de telèfon del client, sense

identificar-lo amb noms i cognoms). Ara bé, aquesta pràctica recomanable, no desvirtua la constatació que Whatsapp utilitza el conjunt dels telèfons de la llibreta de contactes de l'advocat, sense que aquest pugui denegar l'accés a determinats contactes – amb l'excepció apuntada dels usuaris d'iPhone-.

Pel que fa a Spotbros, en relació amb l'ús de la llibreta d'adreces, caldria arribar a la mateixa conclusió, ja en la web s'indica que, per poder utilitzar el Servei SB (veure la descripció a l'apartat 2 dels termes i condicions), l'usuari ha de facilitar a Spotbros el seu número de telèfon, afegint que amb l'acceptació dels termes i amb la finalitat que Spotbros pugui gestionar el servei de missatgeria instantània, l'usuari autoritza Spotbros a accedir als números de telèfon continguts en la seva "Agenda" o "contactes". Com s'explicita en l'apartat 2 dels Termes i condicions d'aquesta app, *"Para poder usar el Servicio SB, Usted tendrá que facilitar a SPOTBROS Su número de Teléfono. Con la aceptación de estos Términos y con la finalidad de que SPOTBROS pueda gestionar Su uso del Servicio (i.e. servicio de mensajería instantánea), Usted autoriza a SPOTBROS a acceder a los números de teléfono contenidos en Su "Agenda" o "Contactos"."*

És a dir, es desprèn d'aquestes condicions d'ús que Spotbros accedeix als números de telèfon dels contactes-clients de l'advocat que utilitzi aquesta app, en termes similars als que hem exposat en relació amb Whatsapp. Per tant, resulta extensible la menció feta a la conveniència d'articular un consentiment granular en aquest context.

Un altre exemple de que un consentiment parcel·lat o granular podria ser més convenient en relació amb l'ús d'apps, es refereix a les cessions previstes.

Whatsapp informa (apartats "The way Whatsapp uses information" i "When Whatsapp discloses information"), que l'usuari pot tenir l'opció de triar ("opt-in o opt-out"), en relació amb determinats usos de la informació per a finalitats comercials o de màrqueting. En aquests casos l'usuari, certament, pot tenir certa capacitat d'elecció. Ara bé, a això s'afegeix que Whatsapp pot utilitzar el número de telèfon sense consentiment per altres finalitats "administratives", o per fer promocions, per crear nous serveis o funcionalitats, a través de l'anàlisi de les preferències dels usuaris, entre d'altres. Aquestes previsions sobre cessions de dades dels usuaris sense el seu consentiment, resulten força genèriques i, per tant, podrien no resultar ajustades a les exigències de la LOPD (en concret, amb el règim de comunicació de dades, previst en l'article 11 de la LOPD). En qualsevol cas, si s'habilités per part de Whatsapp un consentiment "granular" o diferenciat, en funció de si el tractament és necessari per a que l'usuari pugui utilitzar l'app, això donaria a l'usuari major poder de decisió en relació amb determinades cessions de dades que haurien de requerir el consentiment, en no ser necessàries per a la prestació del servei (utilització de l'app).

Pel que fa a Spotbros, respecte les cessions previstes, en l'apartat de Política de privacitat s'informa a l'usuari que *"Mediante el uso del Servicio SB (consentimiento implícito, únicamente en los casos legalmente permitidos) y/o mediante la aceptación de los presentes Términos mediante la marcación de la casilla correspondiente (consentimiento expreso), Usted está consintiendo que SPOTBROS, en cumplimiento a lo dispuesto en esta Política de Privacidad, recabe, utilice y/o comunique sus datos de carácter personal con el fin de que SPOTBROS pueda hacer funcionar y prestar el Servicio SB."* S'afegeix que Spotbros *"no tratará ni comunicará a terceros datos de carácter personal de los Usuarios con finalidades distintas a aquellas para las que fueron recabados, salvo en aquellos casos en los que cuente con su consentimiento o en los que sea exigido o permitido conforme a lo dispuesto en la Ley aplicable. El consentimiento otorgado por los Usuarios puede ser expreso o tácito, por escrito,*

mediante la aceptación de la correspondiente casilla, electrónico, o implícito derivado por su propia conducta (por ejemplo, usando el Servicio de SB cuando el Usuario ya ha sido notificado de los cambios introducidos en los Términos)”.

Vistes aquestes previsions, es poden fer extensibles les consideracions fetes en relació amb la conveniència d'establir, també per part de Spotbros, un consentiment granular. Cal afegir que, segons la LOPD (articles 6 i 7), el tipus de consentiment exigible, si escau, en cada cas, depèn de la informació que es tracta. Per altra banda, l'article 21 de la Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, estableix que cal el consentiment exprés per a l'enviament de comunicacions publicitàries o promocionals per correu electrònic o altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, llevat que existeixi una relació contractual prèvia, sempre que el prestador hagués obtingut de forma lícita les dades de contacte del destinatari i les utilitzi per a l'enviament de comunicacions comercials referents a productes o serveis de la seva pròpia empresa que siguin similars als que inicialment van ser objecte de contractació amb el client.

Així, el consentiment necessari pot ser, "inequívoc", o pot ser requerit un consentiment "exprés", o fins i tot "exprés i per escrit". En aquest sentit, les mencions en la web de Spotbros als diferents tipus de consentiment, com si fossin equivalents o indistints a l'hora de prestar el consentiment, no s'ajusta al que disposa la LOPD, si s'interpreta que qualsevol d'aquests tipus de consentiment és igualment vàlid per a qualsevol tractament.

VII

Atès que pel mer fet d'instal·lar les apps objecte de consulta es produeix una acceptació incondicionada de l'usuari de les condicions d'ús que decideix l'empresa corresponent unilateralment, i que, com ha quedat apuntat, no s'estableix un consentiment granular o diferenciat en funció de les finalitats (cosa que seria més adient des de la perspectiva de la protecció de dades), resulta especialment rellevant, als efectes de la consulta, comprovar si l'usuari rep una informació prou detallada de les condicions del tractament de les dades i del que comporta acceptar la instal·lació de l'app.

L'article 5 de la LOPD disposa que:

“1. Els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

- a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.*
- b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.*
- c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.*
- d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.*
- e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.*

Quan el responsable del tractament no estigui establert en el territori de la Unió Europea i utilitzi en el tractament de dades mitjans situats en territori espanyol, ha de designar, llevat que aquests mitjans s'utilitzin amb finalitats de tràmit, un representant a Espanya, sens perjudici de les accions que es puguin emprendre contra el mateix responsable del tractament.

(...)”.

Pel que fa a Whatsapp, i consultant la informació disponible a la web (“Terms of service” i FAQ), es constata que hi ha determinades informacions que en base a

l'article 5 LOPD serien exigibles, i que no es donen a l'usuari. En concret, no es dona informació "expressa, precisa i inequívoca" sobre els destinataris de la informació, és a dir, sobre els tercers a qui Whatsapp pot comunicar dades. Com s'ha vist, es fan referències a "tercers", sense majors concrecions, cosa que difícilment pot considerar-se compatible amb la previsió de l'article 5.1.a) de la LOPD. Tampoc no es dona informació a l'usuari sobre l'exercici de drets ARCO (accés, rectificació, cancel·lació i oposició), com exigeix també l'article 5 de la LOPD. A més, cal tenir en compte que segons l'article 5.1.e) de la LOPD, quan el responsable del tractament no està establert a la UE (com és el cas de Whatsapp), ha de designar un representant a Espanya. Atès que en la web no s'informa sobre aquesta qüestió, no es pot contrastar el seu compliment pel que fa als usuaris situats a Espanya. Com ha quedat dit, l'única adreça que s'indica en la informació legal de Whatsapp és una adreça d'Estats Units, cosa que pot dificultar a la pràctica l'exercici de drets ARCO per part dels interessats.

Pel que fa a Spotbros, podem fer extensibles, en aquest cas, les consideracions fetes sobre Whatsapp pel que fa a la menció genèrica de "tercers", en relació amb l'article 5.1.a) de la LOPD. Dit això, cal fer notar que en la informació facilitada als usuaris s'informa adequadament de l'existència d'un fitxer de dades responsabilitat de la mercantil Spotbros, en el que es tracten les dades dels usuaris (apartat de "política de privacidad"), així com la possibilitat d'exercici de drets ARCO (apartat "derechos de los usuarios"). Per tant, es pot considerar que la informació que facilita Spotbros s'ajusta, en aquests punts, al que exigeix l'article 5 de la LOPD, llevat de la previsió de l'article 5.1.a) de la LOPD, referida als destinataris de la informació, qüestió sobre la que no s'informa adequadament.

VIII

Un dels eixos de la normativa de la protecció de dades és el compliment de les mesures de seguretat que cal aplicar al tractament de la informació, en atenció a les categories de dades que es tracten en cada cas.

Segons l'article 9 de la LOPD, el responsable ha d'aplicar les mesures de seguretat exigibles en funció de la informació tractada (Títol VIII del RLOPD). Com s'ha apuntat, les empreses responsables de l'explotació comercial de Whatsapp i Spotbros, són responsables d'aplicar les mesures de seguretat exigibles per la normativa en relació amb la informació que tracten dels usuaris.

D'entrada, i abans d'entrar a analitzar la seguretat de les dues apps mencionades, cal fer avinent que tant Whatsapp com Spotbros expliciten en la informació de les respectives pàgines web que no poden garantir la seguretat de la informació tramesa utilitzant les respectives apps.

L'única referència de Whatsapp a la seguretat de les dades es fa en l'apartat "Our commitment to data security", on s'explica que Whatsapp utilitza diverses salvaguardes per preservar la integritat i la seguretat de la informació personal de l'usuari, sense major concreció. Ara bé, Whatsapp afegeix que no pot assegurar ni garantir la seguretat de la informació que l'usuari transmet, i que l'usuari assumeix el risc de la dita transmissió. Whatsapp no recomana la utilització de xarxes wifi no segures o altres xarxes desprotegides ni garanteix, segons les explicacions de la web, la seguretat de la informació de l'usuari, quan aquesta es troba en els seus sistemes, si bé afegeix que s'informarà de possibles atacs a la seguretat dels dits sistemes. (Sobre aquesta darrera previsió, el Reglament (UE) nº 611/2013, de 24 de juny, relatiu a les mesures aplicables a la notificació de casos de violació de dades personals en el marc de la Directiva 2002/58/CE, imposa als proveïdors de serveis de comunicacions

electròniques el deure d'informar els usuaris, en els termes que preveu el dit Reglament -article 3-, quan es produeixen aquests atacs).

En termes similars, en la web de Spotbros s'informa que *“SPOTBROS no garantiza la seguridad ni la disponibilidad del Contenido de Usuario publicado, enviado, compartido o almacenado a través del Servicio SB. Usted debe saber que el Contenido de Usuario que Usted envíe o comparta será o podrá ser visto por otros Usuarios del Servicio SB, bien por sus contactos (por ejemplo, a través de los chats privados con sus contactos o grupos o por otros Usuarios del Servicio SB (por ejemplo, a través del envío de “Shouts” o conversaciones en “Spots”). SPOTBROS le recomienda encarecidamente no transmitir, publicar o compartir datos de carácter personal sensibles. SPOTBROS no se hace responsable del Contenido de Usuario.”*

És a dir, Spotbros recomana molt expressament no utilitzar l'aplicació per trametre o compartir informació personal sensible (qualsevol informació, per tant, que pugui quedar inclosa en l'article 7 de la LOPD).

Que els propis responsables del tractament desaconsellin la comunicació de dades sensibles a través de l'app, resulta especialment rellevant a l'hora que l'usuari – l'advocat, en aquest cas-, valori la conveniència d'utilitzar-les, des de la perspectiva de la protecció de dades, ja que les comunicacions entre advocat i clients poden incloure habitualment dades sensibles, les quals podrien quedar desprotegides, com semblen admetre les pròpies empreses responsables.

En qualsevol cas, previsions d'aquest tipus, que a més són formulades unilateralment per les empreses responsables de les apps, no poden considerar-se com una eximent de les obligacions que, en funció de la informació tractada, poguessin resultar exigibles en base al que disposa l'article 9 de la LOPD i al que es concreta en el Títol VIII del RLOPD, que especifica les mesures de nivell bàsic, mitjà o alt que cal aplicar en funció de la informació tractada.

També cal tenir en compte que segons la política de privacitat de Whatsapp, i pel que fa al contingut dels missatges que s'envien, Whatsapp "no els copia, ni els guarda ni els arxiva". Els usuaris escriuen els seus missatges, que s'envien als servidors de Whatsapp i s'adrecen al destinatari, que també ha de ser un usuari de Whatsapp. Si el receptor no es troba connectat (online), el missatge es conserva en els servidors fins que pot ser lliurat. Si no es pot lliurar, en 30 dies, s'esborra. És a dir, els missatges que no s'han pogut lliurar es retenen a la plataforma de Whatsapp durant 30 dies, període en el qual s'ha de considerar que són objecte de "tractament" (als efectes de l'article 3.c) de la LOPD) per part de Whatsapp, i en el que podrien quedar desprotegits, si es té en compte que la pròpia empresa no garanteix la seguretat de la informació.

De manera similar, pel que fa a Spotbros, en relació amb els missatges o arxius que envien els usuaris, en la web s'informa que passats 30 dies són automàticament eliminats dels servidors de Spotbros (*“SPOTBROS elimina el Contenido de Usuario en un plazo de treinta (30) días naturales desde que el material es publicado, enviado, subido o compartido a través del Servicio SB por los propios Usuarios”*). Per tant, es pot fer extensiva la consideració feta en relació amb l'existència de tractament als efectes de la LOPD, i amb la possible desprotecció d'aquesta informació, ateses les consideracions que fa la pròpia empresa responsable.

Dit això, a continuació es farà referència a diverses vulnerabilitats que, des de la posada en marxa de Whatsapp, han estat detectades i analitzades en publicacions consultades. Com que l'empresa propietària de l'aplicació ha anat corregint algunes

d'aquestes vulnerabilitats, en aquest informe només es fa referència a aquelles que no es té constància que s'hagin resolt.

A) Whatsapp.

a) Contrasenyes:

Pel que fa a les contrasenyes, en origen, s'havia constatat –tant per part de l'informe de l'Autoritat holandesa com en d'altres publicacions-, la feblesa d'aquestes, de manera que era relativament senzill suplantar un usuari i enviar i rebre missatges de forma fraudulenta. Així, fins desembre de 2012, l'aplicació utilitzava l'IMEI (Android) o l'IOS MAC (Iphone) per generar la contrasenya d'accés a la plataforma. Aquesta pràctica permetia bastant fàcilment suplantar la identitat d'un usuari de Whatsapp. A partir de la data indicada, es constata que l'aplicació genera la contrasenya d'una manera molt més segura, ja que no es genera des del terminal sinó que la genera Whatsapp. Els usuaris actius de Whatsapp obtindrien la nova contrasenya generada i més segura, en veure's obligats a actualitzar la versió de l'app.

Ara bé, tot i que s'ha millorat la seguretat de la contrasenya d'accés a la plataforma, es segueix constatant com a vulnerabilitat el fet que aquesta contrasenya es troba emmagatzemada en un arxiu no xifrat del terminal. Per tant, si es té accés al terminal d'un usuari, es podria accedir a la contrasenya i, mitjançant una API "extraoficial" (*Application Programming Interface*, o Interfície de programació d'aplicacions), és a dir, una API que no és pròpia de Whatsapp, es podria suplantar la identitat de l'usuari, i no només tenir accés fraudulent als missatges, sinó també manipular-los, amb el risc que això suposa, des de la perspectiva de la protecció de dades i la intimitat dels afectats, en el cas que ens ocupa, l'advocat i els seus clients.

b) Xifratge de la informació:

Cal tenir en compte també les qüestions relatives al xifratge o encriptació. Com s'ha apuntat, en el context de la relació advocat-client, la informació personal continguda en els missatges enviats o en arxius adjunts, pot ser especialment sensible (article 7 LOPD) i requerir, per tant, unes mesures de seguretat de nivell alt.

Cal recordar que, entre les mesures de seguretat de nivell alt, el RLOPD estableix que cal xifrar les dades que continguin els dispositius portàtils quan aquests dispositius estiguin fora de les instal·lacions que estan sota el control del responsable del fitxer (article 101.2 RLOPD), i que s'ha d'evitar el tractament de dades de caràcter personal en dispositius portàtils que no permetin el xifratge (article 101.3 RLOPD). Així mateix, l'article 104 del RLOPD estableix que quan s'hagin d'implantar les mesures de seguretat de nivell alt, la transmissió de dades de caràcter personal a través de xarxes públiques o xarxes sense fil de comunicacions electròniques s'ha de fer xifrant les dades esmentades o bé utilitzant qualsevol altre mecanisme que garanteixi que la informació no sigui intel·ligible ni manipulada per tercers.

En aquest context, es constata que Whatsapp ha introduït l'encriptació dels missatges. Per tant, actualment tots els missatges que s'envien a través de l'app són encriptats.

Ara bé, tot i que les converses es transmetin en forma segura (encriptada), queden emmagatzemades en el terminal en una base de dades, inclosa en la targeta de memòria, en el cas d'Android. Aquesta base de dades, tot i estar xifrada, té una contrasenya que pot ser fàcilment coneguda per tercers, de manera que si es té accés a la targeta de memòria, es podria accedir a les converses.

c) Altres aspectes:

Des d'un punt de vista tècnic, també s'ha posat de manifest que utilitzant una API extraoficial (aliena a Whatsapp) es poden emmagatzemar arxius de qualsevol tipus i mida a la plataforma de Whatsapp sense identificar-se. De manera que es poden pujar arxius, com virus, i distribuir-los mitjançant la plataforma, cosa que també implica un risc per a la seguretat de la informació.

Ateses aquestes qüestions relacionades amb possibles vulnerabilitats de Whatsapp i que la pròpia empresa propietària informa que no pot garantir la seguretat de les dades que transmeten els usuaris, es pot concloure que aquesta app, des de la perspectiva tècnica, no resulta adequada per a tractar dades sensibles.

B) Spotbros.

Cal tenir en compte que l'aplicació per a dispositius mòbils Whatsapp es va crear l'any 2009, mentre que l'aplicació de Spotbros és posterior (octubre de 2012). Atès que Whatsapp porta més temps en el mercat i l'utilitzen milions d'usuaris a tot el món, el nombre d'articles publicats sobre la seva seguretat és molt superior a la publicada en relació amb Spotbros. Això no implica que la primera sigui més o menys segura que la segona, sinó que ha estat objecte d'una anàlisi més detallada, qüestió que cal tenir en compte als efectes d'aquest informe.

En l'apartat de FAQ de la web de Spotbros es fa constar que *“los datos enviados por nuestra app están cifrados”*. En concret, Spotbros explica en la seva web que xifra totes les converses amb AES256Bits, que seria el sistema de xifratge aprovat per l'Agència de Seguretat Nacional dels Estats Units per a documents classificats com a altament secrets, per bé que la informació sobre aquest tipus de xifratge no es troba en els Termes i condicions de Spotbros, que seria el document “vinculant” per a ambdues parts.

Més enllà d'aquestes mencions a l'encriptació dels missatges, des de la perspectiva de la seguretat, cal recordar que la mateixa empresa propietària de l'aplicació de Spotbros informa que no poden garantir la seguretat de les dades que transmeten els usuaris, de manera que caldria fer extensible la conclusió que aquesta aplicació, des de la perspectiva tècnica, tampoc no és adequada per tractar dades sensibles.

En definitiva, tant pel que fa a Whatsapp com pel que fa a Spotbros, atès que en el context de la relació entre advocat i clients, pot ser habitual la comunicació i tractament de dades sensibles, la utilització d'aquestes aplicacions no resulta adequada des d'un punt de vista tècnic, en relació amb la seguretat exigida per la LOPD i el RLOPD.

D'acord amb les consideracions fetes en aquest informe en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

Conclusions

En relació amb el tractament de dades dels usuaris de Whatsapp i de Spotbros situats a Espanya, resulten aplicables els principis i garanties de la LOPD.

Sens perjudici de la responsabilitat sobre el tractament de les dades dels usuaris de les apps que pugui correspondre a les respectives empreses (Whatsapp i Spotbros), l'advocat té un grau de responsabilitat específic respecte el tractament de les dades dels seus clients, que inclou l'elecció dels canals de comunicació més adients amb els seus clients.

Des de la perspectiva del principi de consentiment, pot ser raonable que l'usuari hagi d'acceptar necessàriament un cert nivell de tractament de les seves dades, necessari per a la utilització de l'app, però resultaria recomanable l'establiment per part de Whatsapp i de Spotbros d'un "consentiment granular", entre d'altres, en relació amb l'accés als contactes de l'usuari o a les cessions previstes.

Pel que fa al deure d'informació, Whatsapp no dona a l'usuari suficient informació, en els termes que exigeix l'article 5 de la LOPD. Pel que fa a Spotbros, es fa extensible aquesta consideració, en relació amb la previsió de l'article 5.1.a) de la LOPD referida als destinataris de la informació.

Tant Whatsapp com Spotbros expliciten en la informació de les respectives pàgines web que no poden garantir la seguretat de la informació tramesa utilitzant les respectives apps.

Tenint en compte això, juntament amb diverses vulnerabilitats detectades, i atès que en el context de la relació entre advocat i clients pot ser habitual la comunicació i tractament de dades sensibles (article 7 LOPD), la utilització de les aplicacions de Whatsapp i de Spotbros no resulta recomanable, en relació amb la seguretat exigida per la LOPD i el RLOPD.

Barcelona, 2 de juliol de 2013