

- Procedimiento Nº: E/07384/2019

907-141019

RESOLUCIÓN ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/07/18, se recibe en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en adelante, “el reclamante”), en la que indica, entre otras, lo siguiente:

“Al acceder a la página de inicio de Facebook, sin ni siquiera haber incluido un nombre y contraseña, aparece el siguiente aviso sobre cookies, en el que se dice:

<<Utilizamos las cookies para ayudar a personalizar contenido, adaptar y medir los anuncios, y facilitar una experiencia más segura. Al hacer clic o navegar en el sitio, aceptas que recopilemos información dentro y fuera de Facebook mediante las cookies. Consulta aquí más información, incluida la relativa a los controles disponibles: Política de cookies>>.

*Las cookies se cargan desde la home *****URL.1** aún sin habernos logueado, e incluso sin ser usuario de Facebook. Para que se carguen gran parte de las cookies solo es necesario clicar en CUALQUIER parte de esa home *****URL.1** (en el fondo de pantalla, por ejemplo).*

*La importancia es mayor cuando sucede exactamente lo mismo al acceder a cualquier contenido de Facebook desde Google, o al acceder a una noticia/publicación/perfil de la red social (sin ni siquiera estar logueado), que te hayan mandado o encuentres en la red. La gran mayoría de cookies se cargan en el momento en el que se clicca cualquier parte de la web a la que se accede: *****URL.2***

En mi criterio, ni la información sobre las cookies es válida, ni el consentimiento para la misma lo es. Facebook ha reconocido públicamente que obtiene datos de personas que no son sus usuarias, y parece relevante saber qué importancia juegan las cookies en esa recolección de datos.

El artículo 38.4.g) de la LSSI, considera infracción leve: “g) 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. El uso de cookies resultaría sancionable, de conformidad con lo establecido en los artículos 39.1.c) y 40 de la citada LSSI”.

SEGUNDO: Con fecha 20/08/18, por parte de la Directora de la Agencia de Protección de Datos se procedió a dictar acuerdo de remisión de la reclamación presentada contra FACEBOOK IRELAND LIMITED a la autoridad de control de Irlanda, a fin de que por la misma se le dé el curso oportuno y de archivo provisional del expediente, (código IMI-50953).

TERCERO: Con fecha 16/11/18, La autoridad de control irlandesa, comunica que a esta Agencia que es competente para tratar el caso. No obstante, con fecha 10/04/19, la autoridad de control de Irlanda comunica que, “*el presente caso cae dentro del*

ámbito de la Directiva de e-Privacidad y que por tanto no es aplicable el mecanismo de ventanilla única, por lo que y se ha de investigar localmente”.

CUARTO: Con fecha 15/07/19, por parte de la Directora de la Agencia de Protección de Datos se procedió a dictar acuerdo de admisión a trámite de la reclamación presentada a tenor de la información preliminar de la que se dispone, por presunta vulneración del Artículo 22.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el art. 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), es competente para iniciar y resolver este Procedimiento Sancionador, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

En el presente caso se trata de determinar, a la vista del conjunto de elementos de juicios disponibles, las responsabilidades que pudieran derivarse de la utilización y gestión de las cookies que se instalan en el equipo terminal cuando se accede a la página web *****URL.1** cuyo titular FACEBOOK IRELAND LIMITED domiciliada en, **4 GRAND CANAL SQUARE , GRAND CANAL HARBOUR, Dublín 2 Ireland** , y que podrían ser constitutivo de una infracción del artículo 22.2 de la LSSI.

No obstante, el artículo 2 de la LSSI, indica, sobre el ámbito de aplicación de la misma, lo siguiente:

1. Esta Ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos.

Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

2. Asimismo, esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

3. A los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica.

La utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.

4. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización.

Por lo tanto, desde un punto de vista subjetivo, la Ley LSSI solo sería aplicable, a los prestadores de servicios de sociedad de la información y comercio electrónico establecidos en territorio español.

A efectos de la Ley, se entiende por "establecimiento": *"el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, definición esta que se inspira en el concepto de domicilio fiscal recogido en las normas tributarias españolas y que resulta compatible con la noción material de establecimiento predicada por el Derecho comunitario"*, por lo que, en el presente caso, se debe considerar como lugar de establecimiento de la compañía Facebook, Irlanda, desde donde presta servicio la red social de "Facebook.com".

Por lo demás, la Ley sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio Económico Europeo en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro grave contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Igualmente, podrá restringirse la prestación de servicios provenientes de dichos Estados cuando afecten a alguna de las materias excluidas del principio de país de origen, que la Ley concreta en su artículo 3, y se incumplan las disposiciones de la normativa española que, en su caso, resulte aplicable a las mismas.

Así tenemos como el artículo 3 de la LSSI, sobre *"Prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo"*, indica lo siguiente:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 8, esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes:

a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.

b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.

c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.

d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.

e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.

f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

2. En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.

3. Los prestadores de servicios a los que se refiere el apartado 1 quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen las materias señaladas en dicho apartado.

4. No será aplicable lo dispuesto en los apartados anteriores a los supuestos en que, de conformidad con las normas reguladoras de las materias enumeradas en el apartado 1, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.

Mientras que, el artículo 7.1 de la LSSI, sobre el “Principio de libre prestación de servicios” indica que:

1. La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 y 8.

Y el artículo 8 de la LSSI citado, sobre las “Restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario”, indica que:

1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia.

e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

(...)

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, al estar la compañía FACEBOOK IRELAND LIMITED, radicada en territorio irlandés, fuera del ámbito de aplicación de la LSSI española, según el artículo 2 de la citada norma y al no estar tampoco incluida en ninguno de los supuestos indicados en el artículo 3, sobre los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, a los que se les pudiera aplicar la norma española, debe procederse al archivo de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, ante la falta de competencia de esta Agencia, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a de D. **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada al interesado.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.