



Expediente Nº: E/04949/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad WHATSAPP INC. en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 28/08/2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia la posibilidad de que WHATSAPP INC. esté accediendo al contenido de los mensajes que se intercambian a través de su servicio de mensajería Whatsapp, y que esa información se utilice para el perfilado de la publicidad enviada a los usuarios en el mismo o para ser remitida a terceros, al menos a Facebook. Añade que dicha actividad se realiza sin informar adecuadamente a los usuarios y sin obtener su consentimiento.

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 empresa WHATSAPP INC. incorpora en su servicio de mensajería el cifrado de extremo a extremo. Esto implica que el servicio Whatsapp cifra/descifra las comunicaciones en el dispositivo de los usuarios emisor y receptor. El cifrado extremo a extremo no significa que los mensajes viajen directamente entre los interlocutores. Los mensajes se envían entre emisor y receptor a través del servidor de Whatsapp, que los almacena temporalmente hasta que consigue reenviarlos al destinatario. WHATSAPP INC. manifiesta que no almacena los mensajes de forma indefinida.

El servidor de Whatsapp no tendría la capacidad de descifrar los mensajes, al no disponer de las claves para realizar dicho proceso. Por lo tanto, los mensajes circulan por el servidor de Whatsapp siempre como texto cifrado, y no pasan por una etapa intermedia de texto claro en el propio servidor.

El cifrado de los mensajes, a diferencia de otros servicios de mensajería, incluye el cifrado tanto del texto como los iconos, imágenes, videos y los enlaces que formen parte del cuerpo del mensaje, así como la mensajería entre grupos y conversaciones.

2. Whatsapp proporciona un procedimiento para que el usuario pueda verificar la autenticidad de la sesión cifrada. El procedimiento se describe en la página web:

[https://www.whatsapp.com/faq/es/general/28030015,](https://www.whatsapp.com/faq/es/general/28030015)

3. La configuración de seguridad por defecto de la aplicación Whatsapp tiene desactivado, por defecto, el recibir una notificación cuando el código de seguridad de un contacto haya cambiado. Además, en dicha configuración, se incluye la sentencia "Las llamadas y mensajes están cifrados

independientemente a este ajuste, cuando sea posible”.

De ambas circunstancias cabe deducir que, si en un momento dado existe una suplantación de un contacto, por defecto el usuario no será notificado de dicho suceso. Además, que es posible que no todas las comunicaciones estén cifradas.

4. No se han obtenido evidencias de la materialización de las posibles vulnerabilidades para el acceso al contenido de los mensajes.

5. En la contestación de Whatsapp al requerimiento de la AEPD en el marco del expediente E/5325/2016, la entidad manifiesta un conjunto de datos que se van a compartir con Facebook para el perfilado de publicidad que no incluyen el contenido de las comunicaciones.

6. No se han obtenido evidencias de que se produzca un acceso masivo al contenido de los mensajes por parte de Whatsapp, en particular un acceso a los mensajes del denunciante, y que el resultado de dicho acceso al contenido de la comunicación se emplee para el perfilado de los usuarios con el propósito de publicidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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).

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

II

Se considera, por un lado, que la conducta realizada por la entidad implicada afecta a datos de carácter personal relativos a personas identificadas o identificables y, por otro, que la LOPD resulta de aplicación WHATSAPP INC.

Procede analizar el ámbito de aplicación de la LOPD respecto de los hechos a imputar; cuestión de la que se derivan tres aspectos básicos como son la aplicación o no de la LOPD, la propia competencia de la Agencia Española de Protección de Datos y la imputabilidad de la entidad citada.

El examen de estas cuestiones exige considerar si la conducta analizada ha sido llevada a cabo por WHATSAPP INC. en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en territorio español o si se han empleado medios situados en



España por parte de la misma. Si nos encontrásemos en uno de estos casos serían aplicables los principios, derechos y garantías previstos en la legislación española de protección de datos.

La LOPD, en el párrafo segundo de su artículo 2.1, al referirse al “Ámbito de aplicación” de la norma, establece lo siguiente:

“Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.*
- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.*
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito”.*

Y el último párrafo del artículo 5.1 de la misma norma establece lo siguiente:

“Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2008 (RLOPD), señala su ámbito territorial de aplicación en los siguientes términos:

“1. Se regirá por el presente Reglamento todo tratamiento de datos de carácter personal:

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento, siempre que dicho establecimiento se encuentre ubicado en territorio español.*

Cuando no resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior, pero exista un encargado del tratamiento ubicado en España, serán de aplicación al mismo las normas contenidas en el título VIII del presente Reglamento.

- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española, según las normas de Derecho internacional público.*
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.*

En este supuesto, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en territorio español.

2. A los efectos previstos en los apartados anteriores, se entenderá por establecimiento, con independencia de su forma jurídica, cualquier instalación estable que permita el ejercicio efectivo y real de una actividad”

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 4 “Derecho nacional aplicable” de la Directiva 95/46/CE (aplicable hasta el 25 de mayo de 2018, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 del Reglamento general de protección de datos, Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la citada Directiva 94/46/CE); artículo 4 que establece lo siguiente:



“Derecho nacional aplicable

1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;

b) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público;

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

2. En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

Este artículo responde a las consideraciones que se plasman en la exposición de motivos de la misma Directiva; en concreto los considerandos 18 y siguientes presentan la siguiente justificación del artículo 4 en cuestión:

“(18) Considerando que, para evitar que una persona sea excluida de la protección garantizada por la presente Directiva, es necesario que todo tratamiento de datos personales efectuado en la Comunidad respete la legislación de uno de sus Estados miembros; que, a este respecto, resulta conveniente someter el tratamiento de datos efectuados por cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento establecido en un Estado miembro a la aplicación de la legislación de tal Estado;

(19) Considerando que el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable; que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante al respecto; que cuando un mismo responsable esté establecido en el territorio de varios Estados miembros, en particular por medio de una empresa filial, debe garantizar, en particular para evitar que se eluda la normativa aplicable, que cada uno de los establecimientos cumpla las obligaciones impuestas por el Derecho nacional aplicable a estas actividades;

(20) Considerando que el hecho de que el responsable del tratamiento de datos esté establecido en un país tercero no debe obstaculizar la protección de las personas contemplada en la presente Directiva; que en estos casos el tratamiento de datos debe regirse por la legislación del Estado miembro en el que se ubiquen los medios utilizados y deben adaptarse garantías para que se respeten en la práctica los derechos y obligaciones contempladas en la presente Directiva”.

En el presente caso concreto, la entidad WHATSAPP INC., que tiene sede en California, Estados Unidos, no dispone de un establecimiento en España implicado en actividades que entrañan el tratamiento de datos personales relativos a personas identificadas o identificables, que se recaban y se tratan en territorio español.



Sin embargo, dicha entidad recurre a medios situados en el territorio español con el fin de captar información en nuestro territorio (utilizando, entre otros, los equipos de los usuarios residentes en España para almacenar información de forma local a través de cookies y otros medios, así como ejecutando código en dichos dispositivos), sin que la utilización de tales equipos para la recogida de datos se realice exclusivamente con fines de tránsito por el territorio de la Unión Europea, es decir, no se trata de equipos de transmisión, sino que dichos equipos se emplean para la recogida y tratamiento de los datos.

Por tanto, cabe concluir que la protección conferida por la LOPD es aplicable al presente supuesto respecto de WHATSAPP INC. y que la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1.c) de la LOPD, ya citado, es competente para decidir sobre el tratamiento llevado a cabo por un responsable no establecido en territorio del Espacio Económico Europeo que ha utilizado en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, sin que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

III

En el presente caso, se denuncia la posibilidad de que WHATSAPP INC. esté accediendo al contenido de los mensajes que se intercambian a través de su servicio de mensajería Whatsapp. Se denuncia, asimismo, que esa información se utilice para el perfilado de publicidad enviada a los usuarios a través del propio servicio de mensajería o para que esa información sea remitida a otras web como Facebook u otras del grupo. En la misma denuncia se alude a un *“posible defecto de información correcta en relación al tratamiento de datos (art. 5 LOPD), uso de datos sin consentimiento expreso (art. 6 LOPD), e infracción de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información art. 21)”*.

La denuncia, en referencia a estos hechos, se formula en términos de probabilidad cuando señala que *“cabe plantearse si Whatsapp llevará a cabo acciones... como el escaneo de mensajes con fines publicitarios y comerciales, en el propio Whatsapp, o en otras web como Facebook o webs del grupo...”*. La denuncia no aporta ninguna evidencia sobre la realidad de estos hechos, admitiéndose en la misma *“la falta de concreción real de los hechos que se denuncian (se desconoce si se está realizando el escaneo que se señala), y que no existen referencias a usuarios individualizados afectados...”*.

A pesar de ello, por parte de los Servicios de Inspección se han llevado a cabo las comprobaciones a fin de constatar las circunstancias puestas de manifiesto en la denuncia. Según consta en el Informe de Actuaciones Previas, no se han obtenido evidencias de que se produzca un acceso masivo al contenido de los mensajes por parte de Whatsapp y que el resultado de dicho acceso al contenido de la comunicación se emplee por dicha entidad para el perfilado de los usuarios con fines publicitarios, ni para ser cedido a Facebook. Es necesario destacar al respecto, que la información ofrecida por Whatsapp a los usuarios de su servicio de mensajería instantánea no contiene ninguna referencia a que se trate de un servicio de captación de información con el propósito de ofrecer publicidad.

Para llegar a esa conclusión se han analizado las garantías que ofrece el protocolo de cifrado que se aplica entre el emisor y el receptor de los mensajes para evitar el acceso al contenido de los mismos, incluidos los mecanismos de registro y autenticación.

Como resultado de esas actuaciones, se comprueba que incorpora en su servicio de mensajería el cifrado de extremo a extremo, lo que implica que el servicio cifra/descifra las comunicaciones en el dispositivo de los usuarios emisor y receptor.

El cifrado extremo a extremo no significa que los mensajes viajen directamente entre los interlocutores. Éstos se envían entre emisor y receptor a través del servidor de Whatsapp, que los almacena temporalmente hasta que consigue reenviarlos al destinatario (WHATSAPP INC. manifiesta que no almacena los mensajes de forma indefinida). Pero el servidor de Whatsapp carece de la capacidad de descifrar los mensajes, al no disponer de las claves para realizar dicho proceso. Por lo tanto, los mensajes circulan por el servidor de Whatsapp siempre como texto cifrado, y no pasan por una etapa intermedia de texto claro en el propio servidor.

El cifrado de los mensajes, a diferencia de otros servicios de mensajería, incluye el cifrado tanto del texto como los iconos, imágenes, videos y los enlaces que formen parte del cuerpo del mensaje, así como la mensajería entre grupos y conversaciones.

IV

Obviamente, si Whatsapp no accede al contenido de los mensajes intercambiados por sus usuarios, tampoco puede emplearla para el perfilado de la publicidad ni comunicarla a Facebook con esta u otra finalidad.

Todo ello, además, coincide con la información que Whatsapp ofrece a los usuarios de la aplicación en su Política de Privacidad y Términos de Servicio, según la actualización publicada en fecha 25/08/2016, con la que se pretende informar sobre la posibilidad de compartir información con la entidad Facebook.

En el documento “Términos de Servicio” se indica lo siguiente:

“Nada de lo que compartes en WhatsApp--incluyendo tus mensajes, fotos, e información de perfil--será compartido en Facebook, o en alguna de las aplicaciones que pertenecen a la familia de Facebook, para que otros los vean. De la misma manera, lo que tú publiques en esas aplicaciones no será compartido en WhatsApp para que otros lo vean”.

Es cierto que con la nueva Política de Privacidad Whatsapp ha solicitado a los usuarios su consentimiento para compartir información con Facebook con fines publicitarios, pero esta solicitud no va referida a la información relativa al contenido de los mensajes.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a la entidad WHATSAPP INC. y a D. **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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.

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