



Número Registro: 243497/2015

En fecha 28 de agosto de 2015, se ha dictado por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, la siguiente resolución:

Ref.: E/04745/2015

En contestación a su escrito de fecha de entrada en esta Agencia el 10 de julio de 2015, en el que denuncia a los sitios web  ambos del dominio  porque instalan dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos por defecto, antes de que el usuario haya dado su consentimiento, debe señalarse lo siguiente:

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en adelante LSSI, establece en su artículo 22:

2. 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.

El artículo 2 de la misma ley establece:

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.

El Anexo de la LSSI define:

a) «Servicios de la sociedad de la información» o «servicios»: 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.

...

c) «Prestador de servicios» o «prestador»: persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

El informe 0083/2014 del Gabinete Jurídico de la Agencia en contestación a una consulta sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LSSI en relación con la regulación de los dispositivos de almacenamiento y recuperación de Información señala lo siguiente:

“Se plantea cuál es el ámbito subjetivo de aplicación de este artículo 22.2 LSSI, básicamente cuestionándose si se aplica sólo a los prestadores de servicios de la sociedad de la información o en el ámbito de cualquier servicio de comunicaciones electrónicas que instale cookies; y en concreto si la Universidad consultante puede tener la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información.

Para una adecuada hermenéutica del artículo y para una exposición sistemática, partimos de los sistemas generales de interpretación de normas que nuestro derecho establece, que no son otros que aquellos a que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Se establecen así los criterios de interpretación literal (el sentido propio de las palabras, que cuando sea suficiente deberá prevalecer puesto que in claris non fit interpretatio); el sistemático (la situación del precepto en la ley, título y capítulo de la misma); interpretación histórica, incluyendo no sólo antecedentes históricos, sino también normas relacionadas de las que la estudiada procede; la interpretación conforme a la realidad social; y la interpretación teleológica de la norma, el espíritu y finalidad de la misma.

Pues bien, teniendo en cuenta tales criterios, comenzaremos delimitando el tenor literal y la posición sistemática del precepto. El artículo 22.2 LSSI aparece recogido dentro del Título III de dicha norma, sobre las comunicaciones comerciales por vía electrónica. La rúbrica del precepto es “Derechos de los destinatarios de servicios”; y literalmente el art. 22.2 comienza delimitando quiénes serán los obligados por la norma, que podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos, hablando de “los prestadores de servicios”.

Se trata, por tanto, de conceptos propios de la LSSI, que cuentan todos ellos con una definición establecida en la propia norma: por un lado, tanto la rúbrica del artículo 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. Es decir, no estamos hablando de todo tipo de usuarios, sino de destinatarios en sentido legal. Por otro 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".

Y es que el art. 1 LSSI al identificar el objeto de la norma señala que "es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica...". Y por eso el artículo 2 determina el ámbito de aplicación de la LSSI, en cuanto a los servicios ofrecidos y prestados de los establecidos en España u ofrecidos a través de un establecimiento en España, pero siempre hablando de los prestadores de servicios. Es decir, la LSSI se aplica subjetivamente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, no a cualquier otro sujeto. Los conceptos utilizados por el art. 22.2 LSSI, reiteramos, son conceptos legales, como son "servicios de la sociedad de la información", "prestador de servicios" y "destinatario", que están definidos en la propia norma.

Por tanto, el criterio para determinar si un servicio o página web está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información es si constituye o no una actividad económica para su prestador. Todos los servicios que se ofrecen a cambio de un precio o contraprestación están, por tanto, sujetos a la dicha Ley.

Sin embargo, el carácter gratuito de un servicio no determina por sí mismo que no esté sujeto a la Ley. Existen multitud de servicios gratuitos ofrecidos a través de Internet que representan una actividad económica para su prestador (como los ingresos de patrocinadores) y, por lo tanto, estarían incluidos dentro de su ámbito de aplicación. No lo estarán, en cambio, las actividades que no sean incardinables en el concepto estudiado por no constituir una actividad económica para el prestador.

Así, el artículo 22.2 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. Más aún, la propia Exposición de Motivos de la LSSI – ya en su redacción inicial, claro está – afirmaba en el apartado II que se acoge en dicha ley "un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la

provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico”.

Como vemos, la LSSI no se aplica a todo tipo de comunicaciones electrónicas, sino sólo a los servicios de la sociedad de la información; aunque su necesidad surge de la extraordinaria expansión de Internet, su propósito no es regular las comunicaciones electrónicas, sino sólo los servicios de la sociedad de la información (Títulos II, III y VI) y especialmente la contratación electrónica (Título IV), junto con las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Título V).

Y es que el ámbito subjetivo y objetivo de la ley 34/2002 coincide con el propio de la Directiva que traspone: como afirma la Exposición de Motivos de la LSSI en su apartado I, el propósito de la LSSI no es otro que “la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE” (junto con la incorporación parcial de la Directiva 98/27/CE que es ajena al problema que nos ocupa).”

Delimitado el ámbito subjetivo de aplicación de la LSSI, cabe señalar, respecto de la naturaleza de los partidos políticos, que se configuran como un instrumento de formación de la voluntad popular, como establece el artículo 6 de la Constitución Española, que establece lo siguiente:

“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

A lo que hay que añadir lo que ha señalado el Tribunal Constitucional, en los Fundamentos Jurídicos de su Sentencia 48/2003, que considera que los partidos políticos se encuentran habilitados para ejercer el derecho a la libertad de información, para así configurar dicha opinión pública, siendo dicha sentencia, del tenor siguiente:

(Sobre los partidos políticos) “Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. (...) Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal

del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE)..."

Y continúa diciendo:

"Su cualificación funcional no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones. La relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general... "

De las actuaciones practicadas por los servicios de inspección de esta Agencia se ha constatado que las páginas web denunciadas constituyen el portal institucional de un partido político y que el contenido de las mismas está relacionado con el ejercicio de las funciones que le son propias y que ya han sido descritas en los párrafos anteriores, de lo que cabe concluir que la actividad del portal denunciado no califica al partido político en cuestión como un prestador de servicios de la sociedad de la información. Adicionalmente, este criterio coincide con el establecido por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información como órgano competente en la aplicación de las previsiones de la LSSI, con las debidas excepciones, tal como establece el artículo 43 de la misma ley:

Artículo 43. Competencia sancionadora.

- 1. La imposición de sanciones por el incumplimiento de lo previsto en esta ley corresponderá, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Ciencia y*

Tecnología y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida.

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.

De lo expuesto no es posible incardinar a los partidos políticos, respecto de la actividad desarrollada a través de su página web institucional, como Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información y por tanto no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la citada norma.

Por todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 89 de la

Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el apartado 2 del artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto y en el artículo 122.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, se acuerda no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador o de infracción de las Administraciones Públicas.

Contra este acto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 107.1 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 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 este acto 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

Firmado electrónicamente en fecha 28 de agosto de 2015, por Mar España Martí, Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Lo que se notifica a efectos oportunos de conformidad con el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27-11) y de acuerdo con el 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, y a su vez de conformidad con lo establecido en el art. 30, apartado b) del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos

María José Blanco Antón

Secretaria General de la Agencia Española de Protección de Datos

En cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, se le informa de que los datos de carácter personal se incluyen en el fichero denominado "Expedientes de la Inspección de Datos", creado por Resolución de 27 de julio de 2001. La finalidad del fichero es la gestión y tramitación de expedientes de la Inspección de Datos. Pueden ser destinatarios de la información los interesados en los procedimientos, los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo, otras Autoridades de Control, las Administraciones Públicas y las Cortes Generales. El afectado podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el responsable del tratamiento, la Agencia Española de Protección de Datos, calle Jorge-Juan nº 6, 28001 Madrid.