

Directrices



Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.

Directrices 3/2018 relativas al ámbito territorial del RGPD (artículo 3)

Versión 2.1

12 de noviembre de 2019

Historial de versiones

Versión 2.1	7 de enero de 2020	Cambio de formato
Versión 2.0	12 de noviembre de 2019	Adopción de las directrices tras la consulta pública
Versión 1.0	16 de noviembre de 2018	Adopción de las directrices para consulta de publicación

Índice

Introducción	4
1 Aplicación del criterio del establecimiento – artículo 3, apartado 1	5
2 Aplicación del criterio de la selección de destinatarios – artículo 3, apartado 2.....	15
3 El tratamiento en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.....	25
4 Representantes de responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión	26

El Comité Europeo de Protección de Datos

Visto el artículo 70, apartado 1, letra e), del 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 Directiva 95/46/CE.

HA ADOPTADO LAS SIGUIENTES DIRECTRICES:

INTRODUCCIÓN

El ámbito territorial del Reglamento General de Protección de Datos¹ (el RGPD o el Reglamento) se establece en su artículo 3 y supone una importante evolución de la legislación en materia de protección de datos de la UE en relación con el marco definido por la Directiva 95/46/CE.² En parte, el RGPD confirma las decisiones adoptadas por el legislador de la UE y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el contexto de la Directiva 95/46/CE. No obstante, se han introducido nuevos elementos importantes. El aspecto que reviste mayor importancia es que el artículo 4 de la Directiva tiene como objetivo definir qué legislación nacional de un Estado miembro es de aplicación, mientras que el artículo 3 del RGPD define el ámbito territorial de un texto directamente aplicable. Por otra parte, si bien el artículo 4 de la Directiva hacía referencia al hecho de «recurrir a medios» situados en el territorio de la Unión como base para llevar a los responsables del tratamiento que no «estaban establecidos en el territorio de la Comunidad» al ámbito de la legislación en materia de protección de datos de la UE, esta referencia no aparece en el artículo 3 del RGPD.

El artículo 3 del RGPD recoge la intención del legislador de garantizar la protección completa de los derechos de los interesados que residan en la UE y de establecer, en términos del requisito de la protección de datos, unas condiciones de competencia equitativas para las empresas que trabajan en los mercados de la UE, en un contexto de flujos de datos a escala mundial.

El artículo 3 del RGPD define el ámbito territorial del Reglamento sobre la base de dos criterios principales: el criterio del «establecimiento», de conformidad con el artículo 3, apartado 1, y el criterio de la «selección de destinatarios», con arreglo al artículo 3, apartado 2. Cuando se cumpla uno de estos dos criterios, las disposiciones pertinentes del RGPD se aplicarán al tratamiento correspondiente de los datos personales por parte del responsable o del encargado del tratamiento en cuestión. Además, el artículo 3, apartado 3, confirma la aplicación del RGPD al tratamiento en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

A través de una interpretación común por parte de las autoridades de protección de datos en la UE, estas directrices pretenden garantizar una aplicación coherente del RGPD a la hora de evaluar si el tratamiento concreto por parte de un responsable o encargado se corresponde con el ámbito de aplicación del nuevo marco legal de la UE. En estas directrices, el CEPD establece y aclara los criterios

¹ 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 Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

para determinar la aplicación del ámbito territorial del RGPD. Esta interpretación común también es esencial para los responsables y encargados, tanto dentro como fuera de la UE, a fin de que puedan evaluar si deben cumplir el RGPD para una determinada actividad de tratamiento.

Puesto que los responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la UE pero que realizan actividades de tratamiento de datos de conformidad con el artículo 3, apartado 2, deben designar un representante en la Unión, estas directrices también facilitarán aclaraciones sobre el proceso de designación de este representante con arreglo al artículo 27 y sus responsabilidades y obligaciones.

Como principio general, el CEPD afirma que cuando el tratamiento de datos personales entra en el ámbito de aplicación territorial del RGPD, todas las disposiciones del Reglamento se aplican a dicho tratamiento. Estas directrices especificarán los distintos escenarios que pueden surgir, dependiendo del tipo de actividades de tratamiento, la entidad que lleve a cabo estas actividades de tratamiento o la ubicación de dichas entidades, y detallarán las disposiciones aplicables a cada situación. Por tanto, es esencial que los responsables y encargados, especialmente los que ofrecen bienes y servicios a escala internacional, realicen una evaluación cuidadosa y concreta de sus actividades de tratamiento, a fin de determinar si el tratamiento conexo de los datos personales está comprendido dentro del ámbito de aplicación del RGPD.

El CEPD subraya que la aplicación del artículo 3 tiene como objetivo determinar si una actividad concreta de tratamiento, más que una persona (física o jurídica) entra dentro del ámbito del RGPD. Así pues, una operación de tratamiento de datos personales realizada por un encargado o responsable podría incluirse dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, mientras que el mismo Reglamento podría no ser aplicable a otro tratamiento de datos personales realizado por el mismo responsable o encargado, en función de la operación de tratamiento.

Estas directrices, adoptadas inicialmente por el CEPD el 16 de noviembre, fueron objeto de una consulta pública realizada entre el 23 de noviembre de 2018 y el 18 de enero de 2019 y se han actualizado teniendo en cuenta las contribuciones y observaciones recibidas.

1 APLICACIÓN DEL CRITERIO DEL ESTABLECIMIENTO – ARTÍCULO 3, APARTADO 1

El artículo 3, apartado 1, del RGPD establece que el *«Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no»*.

El artículo 3, apartado 1, del RGPD hace referencia no solo al establecimiento de un responsable, sino también al establecimiento de un encargado. En consecuencia, el tratamiento de datos personales por parte de un encargado también puede estar sujeto al Derecho de la UE por el hecho de que el encargado del tratamiento esté establecido en la UE.

El artículo 3, apartado 1, garantiza que el RGPD se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable o encargado en el contexto de las actividades de un establecimiento de dicho responsable o encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. Por tanto, el CEPD recomienda un enfoque triple para determinar si el tratamiento de datos personales está incluido o no en el ámbito de aplicación del RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 1.

Las secciones siguientes aclaran la aplicación del criterio del establecimiento, en primer lugar considerando la definición de «establecimiento» en la UE en el sentido de la legislación de la UE en materia de protección de datos, en segundo lugar, analizando lo que se entiende por «tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión» y, por último, confirmando que el RGPD se aplicará independientemente de si el tratamiento realizado en el contexto de las actividades de este establecimiento tiene lugar en la Unión o no.

a) «Un establecimiento en la Unión»

Antes de analizar qué se entiende por «un establecimiento en la Unión», es necesario, en primer lugar, determinar quién es el responsable o encargado del tratamiento en relación con una determinada operación de tratamiento. Con arreglo a la definición del artículo 4, apartado 7, del RGPD, se entenderá por responsable del tratamiento «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento de los datos personales». El encargado del tratamiento, con arreglo al artículo 4, apartado 8, es «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento». Según lo establecido por la jurisprudencia pertinente del TJUE y el anterior dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29,³ la determinación de si una entidad es un responsable o encargado a efectos de la legislación de la UE en materia de protección de datos es un elemento clave en la evaluación de la aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales en cuestión.

Aunque el concepto de «establecimiento principal» se define en el artículo 4, apartado 16, el RGPD no proporciona una definición de «establecimiento» a los efectos del artículo 3.⁴ Sin embargo, el considerando 22⁵ aclara que un «establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto».

Esta formulación es idéntica a la que figura en el considerando 19 de la Directiva 95/46/CE, al que se ha hecho referencia en varias sentencias del TJUE que amplían la interpretación del término «establecimiento», apartándose de un enfoque formalista según el cual las empresas están establecidas únicamente en el lugar en el que están registradas.⁶ De hecho, el TJUE dictaminó que el concepto de establecimiento se extiende a cualquier actividad efectiva y real, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable.⁷ Para determinar si una entidad con base fuera de la Unión tiene un establecimiento en un Estado miembro, tanto el grado de estabilidad de las instalaciones como el

³ G 29 WP169 - Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable» y «encargado», adoptado el 16 de febrero de 2010 y en proceso de revisión por el CEPD.

⁴ La definición de «establecimiento principal» es especialmente pertinente a efectos de determinar la competencia de las autoridades de supervisión afectadas con arreglo al artículo 56 del RGPD. Véanse las Directrices para determinar la autoridad de control principal de un responsable o encargado del tratamiento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (16/ES WP 244 rev.01), aprobadas por el CEPD.

⁵ Considerando 22 del RGPD: «*Todo tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión debe llevarse a cabo de conformidad con el presente Reglamento, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión. Un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto.*».

⁶ Véanse, en particular, las sentencias *Google Spain SL, Google Inc./AEPD, Mario Costeja González (C-131/12)*, *Weltimmo/NAIH (C-230/14)*, *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU (C-191/15)* y *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16)*.

⁷ *Weltimmo*, apartado 31.

ejercicio efectivo de las actividades en ese Estado miembro deben considerarse a la luz de la naturaleza específica de las actividades económicas y de la prestación de servicios de que se trate. Esto es válido concretamente para las empresas que se dedican a ofrecer servicios exclusivamente a través de Internet.⁸

El umbral de una «instalación estable»⁹ puede ser, de hecho, bastante bajo cuando el centro de actividades de un responsable del tratamiento se refiere a la prestación de servicios en línea. Como consecuencia, en algunas circunstancias, la presencia de un solo empleado o agente de una entidad no perteneciente a la UE en la Unión puede ser suficiente para constituir una instalación estable (que constituye un «establecimiento» a efectos del artículo 3, apartado 1) si ese empleado o agente actúa con un grado suficiente de estabilidad. Por el contrario, cuando un empleado esté basado en la UE, pero el tratamiento no se lleve a cabo en el contexto de las actividades del empleado con base en la UE (es decir, el tratamiento corresponde a actividades del responsable fuera de la UE), la mera presencia de un empleado en la UE no implicará que dicho tratamiento corresponda al ámbito de aplicación del RGPD. En otras palabras, la mera presencia de un empleado en la UE no es suficiente para dar lugar, en sí misma, a la aplicación del RGPD, ya que para que el tratamiento en cuestión esté comprendido dentro del ámbito de aplicación del RGPD, también debe realizarse en el contexto de las actividades del empleado con base en la UE.

El hecho de que la entidad no perteneciente a la UE responsable del tratamiento de datos no posea una filial ni una sucursal en un Estado miembro no impide que pueda tener en su territorio un establecimiento en el sentido de la legislación de la Unión en materia de protección de datos. Aunque el concepto de establecimiento es amplio, no carece de límites. No se puede concluir que la entidad no perteneciente a la UE tiene un establecimiento en la Unión por el mero hecho de que en la Unión se pueda acceder al sitio de Internet de la empresa en cuestión.¹⁰

Ejemplo 1: una empresa de fabricación de automóviles con sede en los Estados Unidos posee una oficina de propiedad plena, situada en Bruselas, que supervisa todas sus operaciones en Europa, incluida la comercialización y la publicidad.

La sucursal belga puede considerarse una instalación estable, que ejerce actividades reales y efectivas a la luz de la naturaleza de la actividad económica desarrollada por la empresa de fabricación de automóviles. Por lo tanto, la sucursal belga podría considerarse un establecimiento en la Unión, en el sentido del RGPD.

Una vez que se haya llegado a la conclusión de que el responsable o el encargado del tratamiento está establecido en la UE, a continuación, debe realizarse un análisis concreto para determinar si el tratamiento en cuestión se lleva a cabo en el contexto de las actividades de este establecimiento, con el fin de determinar si el artículo 3, apartado 1, es de aplicación. Si un responsable o encargado del tratamiento establecido fuera de la Unión ejerce «una actividad real y efectiva, aun mínima» a través de «instalaciones estables», independientemente de su forma jurídica (por ejemplo, una filial, una sucursal, una oficina, etc.), en el territorio de un Estado miembro, puede considerarse que dicho responsable o encargado del tratamiento tiene un establecimiento en ese Estado miembro.¹¹ Por

⁸ Weltimmo, apartado 29.

⁹ Weltimmo, apartado 31.

¹⁰ TJUE, Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sarl, asunto C-191/15, 28 de julio de 2016, apartado 76 (en adelante, «Verein für Konsumenteninformation»).

¹¹ Véase, en concreto, el apartado 29 de la sentencia Weltimmo, que pone de relieve una concepción flexible de la noción de «establecimiento», y aclara que «procede interpretar tanto el grado de estabilidad de la instalación

tanto, es importante considerar si el tratamiento de datos personales tiene lugar «en el contexto de las actividades de» tal establecimiento, como se destaca en el considerando 22.

b) Tratamiento de datos personales realizado «en el contexto de las actividades de» un establecimiento

El artículo 3, apartado 1, confirma que no es necesario que el tratamiento en cuestión sea realizado «por» el propio establecimiento de la UE; el responsable o encargado estará sujeto a obligaciones con arreglo al RGPD siempre que el tratamiento se realice en el «contexto de las actividades» de su establecimiento pertinente en la Unión. El CEPD recomienda que la determinación de si el tratamiento se lleva a cabo en el contexto de un establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión a efectos del artículo 3, apartado 1, se realice caso por caso y sobre la base de un análisis específico. Debe evaluarse cada escenario en función de sus propias características, teniendo en cuenta los datos concretos del caso.

El CEPD considera que, a efectos del artículo 3, apartado 1, debe entenderse el significado de «*el tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado*» a la luz de la jurisprudencia pertinente. Por un lado, con el fin de cumplir el objetivo de garantizar una protección efectiva y completa, el significado de «en el contexto de las actividades de un establecimiento» no puede ser objeto de una interpretación restrictiva.¹² Por otra parte, la existencia de un establecimiento en el sentido del RGPD no debe interpretarse de forma demasiado amplia para concluir que la existencia de cualquier presencia en la UE, incluso remotamente relacionada con las actividades de tratamiento de datos de una entidad no perteneciente a la UE, será suficiente para incluir este tratamiento en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos. Algunas actividades comerciales realizadas por una entidad no perteneciente a la UE dentro de un Estado miembro pueden encontrarse tan alejadas del tratamiento de datos personales que la existencia de dichas actividades comerciales en la UE no conllevaría la inclusión del tratamiento de datos por la entidad en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos.¹³

La consideración de los dos factores siguientes puede ayudar a determinar si el tratamiento es llevado a cabo por un responsable o encargado en el contexto de su establecimiento en la Unión:

i) La relación entre un responsable o encargado del tratamiento no perteneciente a la Unión y su establecimiento local en la Unión

Las actividades de tratamiento de datos de un responsable o encargado del tratamiento establecido fuera de la UE pueden estar indisociablemente ligadas a las actividades de un establecimiento local situado en un Estado miembro y, por tanto, pueden conllevar la aplicación de la legislación de la UE, a pesar de que dicho establecimiento no esté participando de modo alguno en el tratamiento de datos en sí.¹⁴ Si un análisis caso por caso de los hechos demuestra que existe un vínculo indisociable entre las actividades de un establecimiento de la UE y el tratamiento de datos realizado por un responsable o encargado del tratamiento no perteneciente a la Unión, se aplicará la legislación de la UE a dicho tratamiento realizado por

como la efectividad del desarrollo de las actividades en ese otro Estado miembro tomando en consideración la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión».

¹² Weltimmo, apartado 25, y Google Spain, apartado 53.

¹³ Actualización G29 WP 179 - Actualización del Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable a la luz de la sentencia del TJUE en el asunto Google Spain, 16 de diciembre de 2015.

¹⁴ TJUE, Google Spain, asunto C-131/12.

la entidad ajena la UE, independientemente de que el establecimiento de la UE participe o no en el tratamiento de datos.¹⁵

ii) La recaudación de ingresos en la Unión

La recaudación de ingresos llevada a cabo en la UE por un establecimiento local, en la medida en que dichas actividades puedan considerarse «indisociablemente ligadas» al tratamiento de datos personales que tiene lugar fuera de la UE y particulares en la UE puede ser indicativa de un tratamiento de datos realizado por un encargado o responsable no perteneciente a la UE «en el contexto de las actividades de un establecimiento de la UE», y puede ser suficiente para que la legislación de la UE sea aplicable a dicho tratamiento.¹⁶

El CEPD recomienda que las organizaciones no pertenecientes a la UE realicen una evaluación de sus actividades de tratamiento, en primer lugar, para determinar si se están tratando datos personales y, en segundo lugar, para determinar los posibles vínculos entre la actividad para la que se tratan los datos y las actividades de cualquier presencia de la organización en la Unión. Si se identifica tal vínculo, la naturaleza de este vínculo será clave para determinar si el RGPD se aplica al tratamiento en cuestión, y debe evaluarse, entre otras cosas, en relación con los dos elementos mencionados anteriormente.

Ejemplo 2: un sitio web de comercio electrónico es explotado por una empresa radicada en China. Las actividades de tratamiento de datos personales de la empresa se llevan a cabo exclusivamente en China. La empresa china ha establecido una oficina europea en Berlín para dirigir y llevar a cabo campañas de comercialización y prospección comercial hacia los mercados de la UE.

En este caso, puede considerarse que las actividades de la oficina europea de Berlín están indisociablemente ligadas al tratamiento de datos personales llevado a cabo por el sitio web de comercio electrónico chino, en la medida en que la campaña de comercialización y prospección comercial destinada a los mercados de la UE sirve especialmente para rentabilizar el servicio ofrecido por el sitio web de comercio electrónico. El tratamiento de datos personales por parte de la empresa china en relación con las ventas en la UE está indisociablemente ligado a las actividades de la oficina europea de Berlín en relación con la campaña de comercialización y prospección comercial hacia el mercado de la UE. El tratamiento de datos personales por parte de la empresa china en relación con las ventas en la UE puede, por tanto, considerarse realizado en el contexto de las actividades de la oficina europea, como establecimiento situado en la Unión. Por lo tanto, esta operación de tratamiento por parte de la empresa china estará sujeta a las disposiciones del RGPD en virtud de su artículo 3, apartado 1.

Ejemplo 3: una cadena de hoteles y complejos turísticos en Sudáfrica ofrece paquetes de viajes a través de su sitio web, disponible en inglés, alemán, francés y español. La empresa no tiene ninguna oficina, representación ni instalación estable en la UE.

¹⁵ Actualización G29 WP 179 - Actualización del dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable a la luz de la sentencia del TJUE en el asunto Google Spain, 16 de diciembre de 2015

¹⁶ Este podría ser el caso, por ejemplo, de cualquier operador extranjero que posea un establecimiento de ventas o cualquier otro tipo de presencia en la UE, aunque dicho establecimiento no desempeñe ninguna función en el tratamiento de datos real, especialmente cuando dicho tratamiento tiene lugar en el contexto de la actividad comercial en la UE y las actividades del establecimiento están destinadas a los habitantes de los Estados miembros en los que está ubicado (Actualización WP179).

En este caso, a falta de representación o de una instalación estable de la cadena de hoteles y complejos turísticos en el territorio de la Unión, no parece que ninguna entidad vinculada a este responsable del tratamiento de datos en Sudáfrica pueda considerarse un establecimiento en la UE en el sentido del RGPD. Por lo tanto, este tratamiento no puede estar sujeto a las disposiciones del RGPD, con arreglo al artículo 3, apartado 1.

Sin embargo, debe analizarse concretamente si el tratamiento realizado por este responsable del tratamiento establecido fuera de la UE puede estar sujeto al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2.

c) Aplicación del RGPD al establecimiento de un responsable o encargado del tratamiento en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no

De conformidad con el artículo 3, apartado 1, el tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un encargado o responsable del tratamiento en la Unión conlleva la aplicación del RGPD y las obligaciones conexas para el encargado o responsable del tratamiento en cuestión.

El texto del RGPD especifica que el Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento en la UE «*independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no*». Es la presencia, a través del establecimiento, de un responsable o encargado del tratamiento en la UE y el hecho de que el tratamiento tenga lugar en el contexto de las actividades de este establecimiento lo que conlleva la aplicación del RGPD a sus actividades de tratamiento. El lugar del tratamiento no es, por tanto, pertinente para determinar si el tratamiento, efectuado en el contexto de las actividades de un establecimiento de la UE, entra o no dentro del ámbito de aplicación del RGPD.

Ejemplo 4: una empresa francesa ha desarrollado una aplicación para compartir coche exclusivamente dirigida a clientes de Marruecos, Argelia y Túnez. El servicio solo está disponible en esos tres países, pero todas las actividades de tratamiento de datos personales corren a cargo del responsable del tratamiento de datos en Francia.

Si bien la recopilación de datos personales tiene lugar en países no pertenecientes a la UE, el tratamiento posterior de los datos personales en este caso se lleva a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento en la Unión. Por lo tanto, aunque el tratamiento se refiera a datos personales de interesados que no residen en la Unión, las disposiciones del RGPD se aplicarán al tratamiento realizado por la empresa francesa, de conformidad con el artículo 3, apartado 1.

Ejemplo 5: una empresa farmacéutica que tiene su sede en Estocolmo ha localizado todas sus actividades de tratamiento de datos personales, en lo que respecta a sus datos de ensayos clínicos, en su sucursal establecida en Singapur.

En este caso, aunque las actividades de tratamiento tienen lugar en Singapur, dicho tratamiento se lleva a cabo en el contexto de las actividades de la empresa farmacéutica en Estocolmo, es decir, de un responsable del tratamiento de datos establecido en la Unión. Por lo tanto, las disposiciones del RGPD se aplican a dicho tratamiento, de conformidad con el artículo 3, apartado 1.

Para determinar el alcance territorial del RGPD, la ubicación geográfica será importante con arreglo al artículo 3, apartado 1, con respecto al lugar de establecimiento de:

- el responsable o encargado del tratamiento (¿está establecido dentro o fuera de la Unión?);
- toda presencia comercial de un responsable o encargado no perteneciente a la UE (¿tiene un establecimiento en la Unión?).

Sin embargo, la situación geográfica no es importante a efectos del artículo 3, apartado 1, por lo que respecta al lugar en el que se efectúa el tratamiento o en lo que respecta a la ubicación de los interesados en cuestión.

El texto del artículo 3, apartado 1, no limita la aplicación del RGPD al tratamiento de datos personales de particulares que residan en la Unión. El CEPD considera, por tanto, que todo tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión entraría en el ámbito de aplicación del RGPD, independientemente de la ubicación o de la nacionalidad del interesado cuyos datos personales estén siendo tratados. Este enfoque está respaldado por el considerando 14 del RGPD, que establece lo siguiente: «*La protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales*».

d) Aplicación del criterio del establecimiento al responsable y al encargado del tratamiento

Por lo que se refiere a las actividades de tratamiento que entran dentro del ámbito del artículo 3, apartado 1, el CEPD considera que dichas disposiciones se aplican a responsables y encargados del tratamiento cuyas actividades de tratamiento se realizan en el contexto de las actividades de su establecimiento respectivo en la UE. Si bien reconoce que los requisitos para establecer la relación entre un responsable y un encargado del tratamiento¹⁷ no varían en función de la ubicación geográfica del establecimiento de un responsable o encargado del tratamiento, el CEPD considera que, en lo que se refiere a la determinación de las diferentes obligaciones que se derivan de la aplicabilidad del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, el tratamiento por parte de cada entidad debe considerarse por separado.

El RGPD prevé disposiciones u obligaciones distintas y específicas aplicables a los responsables y encargados del tratamiento, y como tal, en caso de que un responsable o un encargado del tratamiento estén sujetos al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, las obligaciones correspondientes se les aplicarían respectivamente y por separado. En este contexto, el CEPD considera que un encargado del tratamiento en la UE no debe considerarse que sea un establecimiento de un responsable del tratamiento en el sentido del artículo 3, apartado 1, simplemente por su condición de encargado del tratamiento por cuenta de un responsable.

La existencia de una relación entre un responsable y un encargado del tratamiento no conlleva necesariamente la aplicación del RGPD a ambos, si una de estas dos entidades no está establecida en la Unión.

Una organización que trate datos personales por cuenta de otra organización y siguiendo las instrucciones de esta última (la empresa cliente), actuará como encargada del tratamiento de la empresa cliente (el responsable). Cuando un encargado del tratamiento esté establecido en la Unión,

¹⁷ De conformidad con el artículo 28, el CEPD recuerda que las actividades de tratamiento por un encargado por cuenta de un responsable se regirán por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable, y que los responsables deben recurrir únicamente a encargados que ofrezcan suficientes garantías de cara a la aplicación de las medidas adecuadas de tal modo que el tratamiento cumpla los requisitos del RGPD y garantice la protección de los derechos de los interesados.

deberá cumplir las obligaciones impuestas a los encargados del tratamiento por el RGPD («las obligaciones de tratamiento del RGPD»). Si el responsable que instruye al encargado del tratamiento también está situado en la Unión, dicho responsable estará obligado a cumplir las obligaciones impuestas a los responsables del tratamiento en virtud del RGPD («las obligaciones del responsable del tratamiento de datos de conformidad con el RGPD»). La operación de tratamiento que, cuando sea realizada por un responsable del tratamiento, entre dentro del ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 1, no quedará fuera del ámbito de aplicación del Reglamento simplemente porque el responsable del tratamiento ordene a un encargado del tratamiento no establecido en la Unión que lleve a cabo dicho tratamiento en su nombre.

i) Tratamiento por parte de un responsable establecido en la UE que da instrucciones a un encargado no establecido en la Unión

Si un responsable sujeto al RGPD decide recurrir a un encargado situado fuera de la Unión para una actividad de tratamiento dada, seguirá siendo necesario para el responsable asegurarse mediante un contrato u otro acto jurídico de que el encargado trata los datos de conformidad con el RGPD. El artículo 28, apartado 3, establece que el tratamiento por parte de un encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico. Por lo tanto, el responsable del tratamiento deberá garantizar que celebra un contrato con el encargado del tratamiento que cumpla todos los requisitos establecidos en el artículo 28, apartado 3. Además, es probable que, con el fin de garantizar que ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con el artículo 28, apartado 1 (recurrir únicamente a un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado), el responsable tendrá que considerar la imposición, por contrato, de las obligaciones que corresponden a los encargados con arreglo al RGPD. Es decir, el responsable del tratamiento tendría que garantizar que el encargado del tratamiento no sujeto al RGPD cumple las obligaciones, que se rigen por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o del Estado miembro, al que se hace referencia en el artículo 28, apartado 3.

El encargado del tratamiento situado fuera de la Unión quedará, por tanto, sujeto indirectamente a algunas obligaciones impuestas por los responsables del tratamiento sujetos al RGPD en virtud de acuerdos contractuales con arreglo al artículo 28. Además, pueden aplicarse las disposiciones del capítulo V del RGPD.

Ejemplo 6: un instituto de investigación finlandés lleva a cabo una investigación sobre el pueblo sami. El instituto pone en marcha un proyecto que solo se refiere a los samis de Rusia. Para este proyecto, el instituto recurre a un encargado del tratamiento de datos situado en Canadá.

El responsable finlandés tiene la obligación de recurrir únicamente a encargados que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del RGPD y garantice la protección de los derechos de los interesados. El responsable finlandés tiene que celebrar un acuerdo de tratamiento de datos con el encargado canadiense, cuyas funciones se establecerán en dicho acto jurídico.

ii) Tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento de un encargado en la Unión

Si bien la jurisprudencia nos permite comprender claramente el efecto del tratamiento que tiene lugar en el contexto de las actividades de un establecimiento de la UE del responsable, el efecto del tratamiento que se lleva a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de la UE de un encargado está menos claro.

El CEPD hace hincapié en que es importante tener en cuenta el establecimiento del responsable y del encargado por separado a la hora de determinar si cada parte está «establecida en la Unión».

La primera cuestión es si el propio responsable del tratamiento tiene un establecimiento en la Unión y realiza el tratamiento de los datos en el contexto de las actividades de dicho establecimiento. Suponiendo que no se considera que el responsable esté tratando datos en el contexto de su propio establecimiento en la Unión, dicho responsable no estará sujeto a las obligaciones de los responsables con arreglo al artículo 3, apartado 1, del RGPD (si bien podría entrar dentro de los supuestos del artículo 3, apartado 2). A menos que entren en juego otros factores, el establecimiento de la UE del encargado no se considerará un establecimiento con respecto al responsable.

Así pues, surge la pregunta de si el encargado del tratamiento está tratando datos en el contexto de su establecimiento en la Unión. En tal caso, el encargado del tratamiento estará sujeto a las obligaciones de los encargados con arreglo al artículo 3, apartado 1, del RGPD. Sin embargo, esto no implica que el responsable no perteneciente a la UE esté sujeto a las obligaciones de los responsables de conformidad con el RGPD. Es decir, un responsable «no perteneciente a la UE» (como se ha descrito anteriormente) no estará sujeto al RGPD por el mero hecho de decidir recurrir a un encargado en la Unión.

Al dar instrucciones a un encargado del tratamiento en la Unión, el responsable del tratamiento no sujeto al RGPD no lleva a cabo el tratamiento «en el contexto de las actividades del encargado del tratamiento en la Unión». El tratamiento se lleva a cabo en el contexto de las propias actividades del responsable; el encargado simplemente ofrece un servicio de tratamiento¹⁸ que no está «indisociablemente ligado» a las actividades del responsable del tratamiento. Tal y como se ha dicho, en el caso de un encargado establecido en la Unión que realice el tratamiento por cuenta de un responsable establecido fuera de la Unión y no sujeto al RGPD de conformidad con el artículo 3, apartado 2, del RGPD, el CEPD entiende que no se puede considerar que las actividades de tratamiento del responsable entren dentro del ámbito territorial del RGPD por el mero hecho de que el tratamiento se realiza en su nombre por un encargado establecido en la Unión. No obstante, si bien el responsable del tratamiento no está establecido en la Unión y no está sujeto a las disposiciones establecidas en virtud del artículo 3, apartado 2, del RGPD, el encargado de los datos, establecido en la Unión, estará sujeto a las disposiciones pertinentes del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 1.

Ejemplo 7: una empresa minorista mexicana celebra un contrato con un encargado establecido en España para el tratamiento de datos personales de los clientes de la empresa mexicana. La empresa mexicana ofrece y dirige sus servicios exclusivamente al mercado mexicano y su tratamiento afecta exclusivamente a interesados ubicados fuera de la Unión.

En este caso, la empresa minorista mexicana no se dirige a personas en el territorio de la Unión mediante la oferta de bienes o servicios, ni controla el comportamiento de personas en el territorio de la Unión. El tratamiento por el responsable establecido fuera de la Unión no está, por tanto, sujeto al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2.

Las disposiciones del RGPD no se aplican al responsable del tratamiento de datos en virtud del artículo 3, apartado 1, ya que no trata datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión. El encargado del tratamiento está establecido en España y, por tanto, su tratamiento entrará en el ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 1. El

¹⁸ La oferta de un servicio de tratamiento en este contexto no puede considerarse tampoco una oferta de servicios a interesados que residen en la Unión.

encargado estará obligado a cumplir con las obligaciones que el Reglamento impone a los encargados para cualquier tratamiento efectuado en el contexto de sus actividades.

Cuando se trate de un encargado del tratamiento de datos establecido en la Unión que realiza operaciones de tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión a efectos de la actividad de tratamiento y que no entra dentro del ámbito de aplicación territorial del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, el encargado estará sujeto a las siguientes disposiciones del RGPD pertinentes directamente aplicables a los encargados del tratamiento:

- Las obligaciones impuestas a los encargados del tratamiento en virtud del artículo 28, apartados 2, 3, 4, 5 y 6, sobre la obligación de celebrar un acuerdo de tratamiento de datos, exceptuando las relativas a la asistencia al responsable del tratamiento de los datos en relación con el cumplimiento de sus propias obligaciones (del responsable del tratamiento) con arreglo al RGPD.
- El encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, de conformidad con el artículo 29 y 32, apartado 4.
- Cuando proceda, el encargado del tratamiento mantendrá un registro de todas las categorías de tratamiento realizadas por cuenta de un responsable, de conformidad con el artículo 30, apartado 2.
- Cuando proceda, el encargado del tratamiento, previa solicitud, cooperará con la autoridad de control en el desempeño de sus funciones, de conformidad con el artículo 31.
- El encargado del tratamiento adoptará medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, de conformidad con el artículo 32.
- El encargado del tratamiento notificará sin dilación indebida al responsable del tratamiento las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento, de conformidad con el artículo 33.
- En su caso, el encargado del tratamiento designará un delegado de protección de datos de conformidad con los artículos 37 y 38.
- Las disposiciones sobre transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, con arreglo al capítulo V.

Por otra parte, habida cuenta de que dicho tratamiento se llevaría a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de un encargado en la Unión, el CEPD recuerda que el encargado tendrá que garantizar que su tratamiento sigue siendo lícito con respecto a otras obligaciones con arreglo a la legislación de la UE o nacional. El artículo 28, apartado 3, también especifica que *«el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros»*.

En consonancia con las posturas adoptadas en anteriores ocasiones por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el CEPD opina que el territorio de la Unión no puede utilizarse como «refugio de datos», por ejemplo cuando una actividad de tratamiento conlleve problemas éticos inadmisibles,¹⁹ y que cualquier obligación jurídica que vaya más allá de la aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos, en particular las normas nacionales y europeas en materia de orden público, deberá, en cualquier caso, ser respetada por todo encargado del tratamiento de datos establecido en la Unión, independientemente de la ubicación del responsable del tratamiento. Esta consideración

¹⁹ G29 WP169 - Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», adoptado el 16 de febrero de 2010 y en proceso de revisión por el CEPD.

también tiene en cuenta el hecho de que, al aplicar el Derecho de la Unión, las disposiciones resultantes del RGPD y las legislaciones nacionales conexas están sujetas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²⁰ Sin embargo, esto no impone obligaciones adicionales a los responsables del tratamiento fuera de la Unión en relación con el tratamiento no incluido en el ámbito de aplicación territorial del RGPD.

2 APLICACIÓN DEL CRITERIO DE LA SELECCIÓN DE DESTINATARIOS – ARTÍCULO 3, APARTADO 2

La ausencia de un establecimiento en la Unión no significa necesariamente que las actividades de tratamiento realizadas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en un tercer país queden excluidas del ámbito de aplicación del RGPD, puesto que el artículo 3, apartado 2, establece las circunstancias en las que el RGPD se aplica a un responsable o encargado del tratamiento no establecido en la Unión, en función de sus actividades de tratamiento.

En este contexto, el CEPD confirma que, a falta de un establecimiento en la Unión, un responsable o encargado no puede beneficiarse del mecanismo de ventanilla única previsto en el artículo 56 del RGPD. De hecho, el mecanismo de cooperación y coherencia del RGPD se aplica únicamente a los responsables y encargados que cuenten con un establecimiento, o establecimientos, en la Unión Europea.²¹

Si bien las presentes directrices tienen por objeto aclarar el alcance territorial del RGPD, el CEPD desea subrayar que los responsables y encargados del tratamiento también tendrán que tener en cuenta otros textos aplicables, como por ejemplo la legislación sectorial de la UE o de los Estados miembros y la legislación nacional. De hecho, varias disposiciones del RGPD permiten a los Estados miembros introducir condiciones adicionales y definir un marco específico de protección de datos a escala nacional en determinados ámbitos o en relación con situaciones específicas de tratamiento. Por tanto, los responsables y encargados del tratamiento deben asegurarse de que conocen y cumplen estas condiciones y marcos adicionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro. Estas variaciones en las disposiciones en materia de protección de datos aplicables en cada Estado miembro son especialmente notables en relación con las disposiciones del artículo 8 (teniendo en cuenta que la edad a la que los menores pueden dar su consentimiento válido en relación con el tratamiento de sus datos mediante servicios de la sociedad de la información puede variar entre los 13 y los 16), del artículo 9 (en relación con el tratamiento de categorías especiales de datos), del artículo 23 (restricciones) o en relación con las disposiciones recogidas en el capítulo IX del RGPD (libertad de expresión y de información; acceso del público a los documentos oficiales; número nacional de identificación; ámbito laboral; tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos; secreto; iglesias y asociaciones o comunidades religiosas).

El artículo 3, apartado 2, del RGPD establece lo siguiente: *«El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:*
a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se

²⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2012/C 326/02.

²¹ G29 WP244 rev.1, 13 de diciembre de 2016, Directrices para determinar la autoridad de control principal de un responsable o encargado del tratamiento, adoptadas por el CEPD.

les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.»

Las actividades de tratamiento llevadas a cabo por un responsable o un encargado del tratamiento no establecido en la Unión relacionadas con dos tipos de actividades distintas y alternativas pueden dar lugar a que se apliquen los «criterios de selección de destinatarios» a los interesados situados en la Unión, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, siempre y cuando dichas actividades de tratamiento estén relacionadas con interesados que residan en la Unión. Además de ser aplicable únicamente al tratamiento por parte de un responsable o encargado del tratamiento no establecido en la Unión, el criterio de la selección de destinatarios se centra en gran medida en con qué «están relacionadas» las «actividades de tratamiento», lo cual deberá analizarse caso por caso.

El CEPD subraya que un responsable o encargado del tratamiento puede estar sujeto al RGPD en relación con algunas de sus actividades de tratamiento, pero no en relación con otras. El elemento determinante para la aplicación territorial del RGPD, con arreglo al artículo 3, apartado 2, reside en el análisis de las actividades de tratamiento en cuestión.

Al evaluar las condiciones para la aplicación del criterio de selección de destinatarios, el CEPD recomienda por tanto un enfoque doble, para determinar, en primer lugar, que el tratamiento se refiere a datos personales de interesados que residen en la Unión y, en segundo lugar, si el tratamiento se refiere a la oferta de bienes o servicios o al control del comportamiento de los interesados en la Unión.

a) Interesados en la Unión

El artículo 3, apartado 2, hace referencia a «*los datos personales de interesados que residan en la Unión*». La aplicación del criterio de selección de destinatarios no está, pues, limitada por la nacionalidad, residencia u otro tipo de estatuto jurídico del interesado cuyos datos personales están siendo tratados. El considerando 14 confirma esta interpretación y establece que «*la protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales*».

Esta disposición del RGPD refleja el Derecho primario de la UE, que también establece un amplio ámbito de protección de los datos personales, que no se limita a los ciudadanos de la UE: el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que el derecho a la protección de los datos personales no está limitado, sino que se aplica a «*toda persona*».²²

Si bien el hecho de que el interesado resida en el territorio de la Unión es un factor determinante para la aplicación del criterio de selección de destinatarios de conformidad con el artículo 3, apartado 2, el CEPD considera que la nacionalidad o el estatuto jurídico de un interesado que resida en la Unión no puede limitar o restringir el ámbito de aplicación territorial del Reglamento.

El requisito de que el interesado resida en la Unión deberá evaluarse en el momento en que tenga lugar la actividad pertinente, es decir, en el momento en que se ofrezcan bienes o servicios o en el momento en que se controle el comportamiento, independientemente de la duración de la oferta realizada o del seguimiento efectuado.

El CEPD considera, no obstante, que, en relación con las actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de servicios, la disposición está dirigida a actividades que intencionalmente, en lugar de

²² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 8, apartado 1, «*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen*».

involuntariamente o por casualidad, se dirigen a particulares en la UE. En consecuencia, si el tratamiento se refiere a un servicio que solo se ofrece a particulares que no residen en la UE, pero el servicio no se retira cuando estos particulares entran en la UE, el tratamiento conexo no estará sujeto al RGPD. En este caso, el tratamiento no está relacionado con la selección deliberada de personas en la UE, sino que está relacionado con la selección de personas fuera de la UE, que se mantendrá tanto si permanecen fuera de la UE como si visitan la UE.

Ejemplo 8: una empresa australiana ofrece un servicio de contenidos en vídeo y noticias para dispositivos móviles basado en las preferencias y los intereses de los usuarios. Los usuarios pueden recibir actualizaciones diarias o semanales. El servicio se ofrece exclusivamente a usuarios residentes en Australia, que deben facilitar un número de teléfono australiano al darse de alta.

Un suscriptor australiano viaja a Alemania de vacaciones y sigue utilizando el servicio.

Aunque el suscriptor australiano vaya a utilizar el servicio mientras está en la UE, los «destinatarios» del servicio no son las personas que residen la Unión, sino solo las personas que residen en Australia, por lo que el tratamiento de los datos personales por parte de la empresa australiana no entra dentro del ámbito del RGPD.

Ejemplo 9: una empresa emergente establecida en los EE.UU., sin presencia comercial ni establecimiento en la UE, ofrece una aplicación de planos callejeros dirigida a los turistas. La aplicación trata datos personales relativos a la ubicación de los clientes que la utilizan (los interesados) una vez que empiezan a utilizar la aplicación en la ciudad que visitan, con el fin de ofrecer publicidad personalizada sobre lugares que visitar, restaurantes, bares y hoteles. La aplicación está disponible a los turistas durante su visita a Nueva York, San Francisco, Toronto, París y Roma.

La empresa emergente de los EE.UU., a través de su aplicación de planos callejeros, se dirige específicamente a personas en la Unión (concretamente, París y Roma) ofreciéndoles sus servicios cuando están en la Unión. El tratamiento de los datos personales de los interesados en la UE en relación con la oferta del servicio entra en el ámbito de aplicación del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a). Por otra parte, al tratar los datos de localización del interesado con el fin de ofrecer publicidad específica basada en su ubicación, las actividades de tratamiento también se refieren al control del comportamiento de las personas en la Unión. Por lo tanto, el tratamiento de la empresa de Estados Unidos también entra dentro del ámbito de aplicación del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra b).

El CEPD también desea subrayar que el hecho de tratar datos personales de un individuo en la Unión en sí mismo no conlleva la aplicación del RGPD a las actividades de tratamiento de un responsable o encargado del tratamiento no establecido en la Unión. El elemento de dirigirse a los «destinatarios» en la UE, bien ofreciéndoles bienes o servicios o realizando un seguimiento de su comportamiento (como se explica más adelante), debe estar además siempre presente.

Ejemplo 10: un ciudadano estadounidense viaja por Europa durante sus vacaciones. Mientras está en Europa, descarga y utiliza una nueva aplicación ofrecida por una empresa estadounidense. La aplicación está dirigida exclusivamente al mercado de los EE. UU., lo cual resulta evidente por sus condiciones de uso y la indicación de que los pagos solo se pueden efectuar en dólar estadounidense.

La recogida de datos personales de turistas estadounidenses a través de la aplicación por parte de la empresa estadounidense no está sujeta al RGPD.

Por otra parte, cabe señalar que el tratamiento de datos personales de residentes o ciudadanos de la UE que tiene lugar en un tercer país no conlleva la aplicación del RGPD, siempre que el tratamiento no esté relacionado con una oferta específica dirigida a las personas que residan en la UE o con un seguimiento de su comportamiento en la Unión.

Ejemplo 11: un banco de Taiwán tiene clientes que residen en Taiwán, pero tienen la nacionalidad alemana. El banco solo opera en Taiwán, sus actividades no están dirigidas al mercado de la UE. El tratamiento de los datos personales de los clientes alemanes del banco no está sujeto al RGPD.

Ejemplo 12: la autoridad canadiense de inmigración trata los datos personales de los ciudadanos de la UE cuando entran en territorio canadiense con el fin de examinar su solicitud de visado. Este tratamiento no está sujeto al RGPD.

b) La oferta de bienes o servicios, con independencia de si se requiere un pago por parte del interesado, a los interesados en la Unión

La primera actividad que conlleva la aplicación del artículo 3, apartado 2, es la «oferta de bienes o servicios», concepto que se ha abordado más detenidamente en el Derecho y la jurisprudencia de la UE, y que debe tenerse en cuenta al aplicar el criterio de selección de destinatarios. La oferta de servicios incluye asimismo la oferta de servicios de la sociedad de la información, definida en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535²³ como «*todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*».

El artículo 3, apartado 2, letra a), especifica que el criterio de selección de destinatarios relativo a la oferta de bienes o servicios se aplica con independencia de si se requiere un pago por parte del interesado. El hecho de que la actividad de un responsable o encargado del tratamiento no establecido en la Unión deba considerarse una oferta de un bien o servicio no depende, por tanto, de que el pago se realice a cambio de los bienes o servicios suministrados.²⁴

Ejemplo 13: una empresa estadounidense, sin establecimiento alguno en la UE, trata los datos personales de sus empleados que realizan un viaje de negocios temporal a Francia, Bélgica y los Países Bajos con fines de recursos humanos, en concreto, para el reembolso de sus gastos de alojamiento y el pago de sus dietas diarias, que varían en función del país en que se encuentran.

En esta situación, si bien la operación de tratamiento está específicamente conectada con personas en el territorio de la Unión (es decir, empleados que se encuentran temporalmente en Francia, Bélgica y los Países Bajos), no se refiere a una oferta de servicios a estas personas, sino que forma parte del tratamiento necesario para que el empleador cumpla sus obligaciones contractuales y las responsabilidades en materia de recursos humanos en relación con el empleo de la persona. La

²³ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

²⁴ Véanse, en particular, TJUE, C-352/85, Bond van Adverteerders y otros/el Estado neerlandés, 26 de abril de 1988, apartado 16, y TJUE, C-109/92, Wirth [1993] Racc. I-6447, apartado 15.

operación de tratamiento no se refiere a una oferta de servicios y, por tanto, no está sujeta a la disposición del RGPD de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a).

Otro elemento clave que debe evaluarse para determinar si se puede cumplir el criterio de selección de destinatarios de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a), es si la oferta de bienes o servicios va dirigida a una persona en la Unión, o, en otras palabras, si el comportamiento por parte del responsable del tratamiento, que determina los medios y los fines del tratamiento, demuestra su intención de ofrecer bienes o servicios a un interesado situado en la Unión. El considerando 23 del RGPD aclara que *«para determinar si dicho responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión»*.

El considerando especifica además que *«si bien la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión»*.

Los elementos enumerados en el considerando 23 se hacen eco de la jurisprudencia del TJUE basada en el Reglamento n.º 44/2001²⁵ del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y en particular su artículo 15, apartado 1, letra c), y están en consonancia con ella. En el asunto *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co y Hotel Alpenhof/Heller* (asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09), se pidió al Tribunal que aclarase el significado del concepto «dirigir actividad» en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 44/2001 (*Bruselas I*). El TJUE consideró que, con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I, el vendedor debe haber manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con dichos consumidores. En este contexto, el TJUE consideró que existían pruebas que demostraban que el vendedor tenía intención de comerciar con consumidores con domicilio en un Estado miembro.

Si bien el concepto de «dirección de una actividad» difiere de la «oferta de bienes o servicios», el CEPD considera que esta jurisprudencia del asunto *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co y Alpenhof/Heller* (asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09)²⁶ podría ser de ayuda para determinar si los bienes o servicios se ofrecen a un interesado en la Unión. A la hora de considerar los hechos concretos del caso, se podrían tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores, posiblemente combinados:

- La UE o, al menos, un Estado miembro se designa por su denominación con referencia al bien o servicio ofrecido.

²⁵ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁶ Resulta aún más importante que, en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), a falta de elección de la ley, este criterio de «actividad dirigida» al país de la residencia habitual del consumidor se tenga en cuenta para designar la ley de la residencia habitual del consumidor como la ley aplicable al contrato.

- El responsable o el encargado del tratamiento de los datos paga a un operador de motor de búsqueda para un servicio de referenciación de internet con el fin de facilitar acceso a su sitio a los consumidores de la Unión; o el responsable o el encargado ha puesto en marcha campañas de publicidad y comercialización dirigidas al público de un país de la UE.
- El carácter internacional de la actividad en cuestión, como algunas actividades turísticas.
- La mención de direcciones o números de teléfono específicos que han de utilizarse desde un país de la UE.
- El uso de un nombre de dominio de primer nivel que no coincide con el del tercer país en el que esté establecido el responsable o el encargado del tratamiento, por ejemplo «.de», o el uso de dominios de primer nivel neutro, como «.eu».
- La descripción de las instrucciones de viaje desde uno o varios Estados miembros de la UE al lugar en que se presta el servicio.
- La mención de una clientela internacional formada por clientes con domicilio en varios Estados miembros de la UE, en particular, mediante la presentación de comentarios escritos por dichos clientes.
- El uso de una lengua o moneda distinta de la utilizada generalmente en el país del comerciante, especialmente en una lengua o moneda de uno o varios Estados miembros de la UE.
- El responsable del tratamiento ofrece la entrega de bienes en Estados miembros de la UE.

Como ya se ha mencionado, varios de los elementos enumerados anteriormente no pueden equivaler, por sí solos, a una indicación clara de la intención de un responsable del tratamiento de ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión; sin embargo, cada uno de ellos debe tenerse en cuenta en un análisis específico, a fin de determinar si la combinación de factores relativos a las actividades comerciales del responsable del tratamiento puede considerarse una oferta de bienes o servicios dirigida a interesados en la Unión.

No obstante, es importante recordar que el considerando 23 confirma que la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, la mención en su sitio web de su dirección de correo electrónico o dirección física, o de su número de teléfono sin código internacional, no basta para determinar la intención del responsable o del encargado del tratamiento de ofrecer bienes o servicios a un interesado ubicado en la Unión. En este contexto, el CEPD recuerda que, cuando los bienes o servicios se prestan involuntariamente o por casualidad a una persona en el territorio de la Unión, el tratamiento conexo de los datos personales no entra en el ámbito de aplicación territorial del RGPD.

Ejemplo 14: un sitio web, basado y gestionado en Turquía, ofrece servicios para la creación, la edición, la impresión y el envío de álbumes de fotos familiares. El sitio web está disponible en inglés, francés, neerlandés y alemán, y los pagos pueden efectuarse en euros. El sitio web indica que los álbumes fotográficos solo pueden entregarse por correo postal en Francia, los países del Benelux y Alemania.

En este caso, es evidente que la creación, la edición y la impresión de álbumes de fotos familiares personalizados constituyen un servicio en el sentido del Derecho de la UE. El hecho de que el sitio web esté disponible en cuatro lenguas de la UE y de que los álbumes de fotografías puedan entregarse por correo postal en seis Estados miembros de la UE demuestra que el sitio web turco tiene la intención de ofrecer sus servicios a particulares que residen en la Unión.

En consecuencia, es evidente que el tratamiento realizado por el sitio web turco, como responsable del tratamiento de los datos, se refiere a la oferta de un servicio a interesados en la Unión y está, por tanto, sujeto a las obligaciones y disposiciones del RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a).

De conformidad con el artículo 27, el responsable del tratamiento deberá designar un representante en la Unión.

Ejemplo 15: una empresa privada con sede en Mónaco trata datos personales de sus empleados a efectos del pago de salarios. Un gran número de empleados de la empresa son residentes franceses e italianos.

En este caso, si bien el tratamiento realizado por la empresa se refiere a interesados de Francia e Italia, no se produce en el contexto de una oferta de bienes o servicios. De hecho, la gestión de los recursos humanos, incluido el pago de salarios por parte de una empresa de un tercer país, no puede considerarse una oferta de servicios en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a). El tratamiento en cuestión no se refiere a la oferta de bienes o servicios a interesados en la Unión (ni al control del comportamiento) y, por consiguiente, no está sujeto a las disposiciones del RGPD, de conformidad con el artículo 3.

Esta evaluación se entiende sin perjuicio de la legislación aplicable en el tercer país de que se trate.

Ejemplo 16: una universidad suiza de Zúrich inicia el proceso de selección para estudios de maestría, para lo cual ha puesto a disposición de las personas interesadas una plataforma en línea a la que los candidatos pueden subir su CV y carta de presentación, junto con la información de contacto. El proceso de selección está abierto a todos los estudiantes que posean un nivel suficiente de alemán e inglés y posean un título de grado. La universidad no se publicita específicamente entre los estudiantes de las universidades de la UE y solo acepta pagos en moneda suiza.

Dado que no existe ninguna distinción o especificación para estudiantes procedentes de la Unión en relación con el proceso de solicitud y selección para este máster, no puede establecerse que la universidad suiza tenga la intención de dirigirse a estudiantes de Estados miembros concretos de la UE. El nivel suficiente de alemán e inglés es un requisito general que se aplica a cualquier solicitante, tanto si se trata de un residente suizo, una persona de la Unión o un estudiante de un tercer país. Sin otros factores que indiquen que el servicio está dirigido a estudiantes de los Estados miembros de la UE, no puede establecerse que el tratamiento en cuestión esté relacionado con la oferta de un servicio educativo a interesados de la Unión, por lo que dicho tratamiento no estará sujeto a las disposiciones del RGPD.

La universidad suiza también ofrece cursos de verano de relaciones internacionales y publicita específicamente esta oferta en universidades alemanas y austriacas con el fin de maximizar la asistencia a los cursos. En este caso, existe una clara intención por parte de la universidad suiza de ofrecer este servicio a interesados que están situados en la Unión, por lo que el RGPD se aplicará a las correspondientes actividades de tratamiento.

c) Control del comportamiento de los interesados

El segundo tipo de actividad que da lugar a la aplicación del artículo 3, apartado 2, es el control del comportamiento de los interesados, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

El considerando 24 aclara que «*el tratamiento de datos personales de los interesados que residen en la Unión por un responsable o encargado no establecido en la Unión debe ser también objeto del presente Reglamento cuando esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados en la medida en que este comportamiento tenga lugar en la Unión*».

Para que el artículo 3, apartado 2, letra b), dé lugar a la aplicación del RGPD, el comportamiento controlado debe, en primer lugar, estar relacionado con un interesado en la Unión y, como criterio acumulativo, el comportamiento controlado debe producirse en el territorio de la Unión.

En el considerando 24 se especifica la naturaleza de la actividad del tratamiento que puede considerarse controladora del comportamiento: *«Para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes»*. Si bien el considerando 24 se refiere exclusivamente al control de un comportamiento a través del seguimiento de una persona en internet, el CEPD considera que el seguimiento a través de otros tipos de red o tecnología que conlleven el tratamiento de datos personales también deberían tomarse en consideración a la hora de determinar si una actividad de tratamiento constituye control del comportamiento, por ejemplo, a través de dispositivos ponibles u otros dispositivos inteligentes.

Contrariamente a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, letra a), ni el artículo 3, apartado 2, letra b), ni el considerando 24 introducen expresamente un grado necesario de «intención de selección de destinatarios» por parte del responsable o del encargado del tratamiento para determinar si la actividad de seguimiento daría lugar a la aplicación del RGPD a las actividades de tratamiento. Sin embargo, el uso del término «control» implica que el responsable tiene un objetivo específico para la recogida y posterior reutilización de los datos pertinentes sobre el comportamiento de un particular dentro de la UE. El CEPD no considera que la recogida en línea o el análisis de datos personales de las personas en la UE se consideren automáticamente «control». Será necesario examinar la finalidad del tratamiento de los datos por parte del responsable y, en particular, cualquier análisis posterior del comportamiento o técnicas de elaboración de perfiles con dichos datos. El CEPD tiene en cuenta el considerando 24, según el cual, para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, el seguimiento de las personas físicas en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales es una consideración clave.

La aplicación del artículo 3, apartado 2, letra b), cuando un responsable o encargado controla el comportamiento de los interesados que están en la Unión, podría, por tanto, abarcar una amplia gama de actividades de control, en particular:

- Publicidad comportamental
- Actividades de geolocalización, en particular con fines de comercialización
- Seguimiento en línea mediante el uso de cookies u otras técnicas de rastreo, como la toma de impresiones dactilares
- Servicios de análisis de la salud y alimentación personalizada en línea
- TVCC
- Estudios de mercado y otros estudios de comportamiento basados en perfiles individuales
- Seguimiento o información periódica sobre el estado de salud de una persona

Ejemplo 17: una empresa de consultoría minorista establecida en los Estados Unidos ofrece asesoramiento sobre la distribución al por menor a un centro comercial de Francia, sobre la base de un análisis de los movimientos de los clientes por todo el centro, registrados mediante el seguimiento wifi.

El análisis de los movimientos de los clientes dentro del centro a través del seguimiento wifi constituirá el control del comportamiento de los particulares. En este caso, el comportamiento de los interesados tiene lugar en la Unión, ya que el centro comercial está situado en Francia. La empresa de consultoría, como responsable del tratamiento de los datos, está, por tanto, sujeta al RGPD en lo que respecta al tratamiento de estos datos con este fin, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra b).

De conformidad con el artículo 27, el responsable del tratamiento deberá designar un representante en la Unión.

Ejemplo 18: un desarrollador de aplicaciones con base en Canadá sin establecimiento en la Unión controla el comportamiento del interesado en la Unión y, por tanto, está sujeto al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra b). El desarrollador recurre a un encargado del tratamiento establecido en los Estados Unidos con fines de optimización y mantenimiento de las aplicaciones.

En relación con este tratamiento, el responsable canadiense tiene el deber de utilizar únicamente encargados apropiados y de garantizar que sus obligaciones en virtud del RGPD queden reflejadas en el contrato o acto jurídico que rige la relación con su encargado del tratamiento en los EE. UU., de conformidad con el artículo 28.

d) Encargado del tratamiento no establecido en la Unión

Las actividades de tratamiento «relacionadas» con la actividad de selección de destinatarios que ha dado lugar a la aplicación del artículo 3, apartado 2, entran dentro del ámbito de aplicación territorial del RGPD. El CEPD considera que debe existir una conexión entre la actividad de tratamiento y la oferta de un bien o servicio, pero tanto el tratamiento por un responsable como por un encargado son pertinentes y deben tenerse en cuenta.

En lo que se refiere a un encargado del tratamiento de datos no establecido en la Unión, a fin de determinar si su tratamiento puede estar sujeto al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, es necesario examinar si las actividades de tratamiento realizadas por el encargado «están relacionadas» con las actividades de selección de destinatarios del responsable.

El CEPD considera que, cuando las actividades de tratamiento realizadas por un responsable se refieran a la oferta de bienes o servicios o al control del comportamiento de las personas en la Unión («selección de destinatarios»), todo encargado que haya de llevar a cabo esa actividad de tratamiento en nombre del responsable del tratamiento entrará dentro del ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 2, en relación con dicho tratamiento.

El carácter de «selección de destinatarios» de una actividad de tratamiento se refiere a su fin y sus medios; la decisión de dirigirse a particulares de la Unión solo puede ser tomada por una entidad que actúa como responsable del tratamiento. Esta interpretación no excluye la posibilidad de que el encargado del tratamiento pueda participar activamente en actividades de tratamiento relacionadas con la realización de los criterios de selección de destinatarios (es decir, el encargado ofrece bienes o servicios o lleva a cabo acciones de control en nombre del responsable del tratamiento y siguiendo las instrucciones de este).

El CEPD considera que debe hacerse hincapié en la relación entre las actividades de tratamiento realizadas por el encargado del tratamiento y la actividad de selección de destinatarios realizada por un responsable del tratamiento.

Ejemplo 19: una empresa brasileña vende en línea ingredientes alimentarios y recetas locales, y ofrece estos bienes a personas en la Unión, haciendo publicidad de estos productos y ofreciendo su entrega en Francia, España y Portugal. En este contexto, la empresa da instrucciones a un encargado del tratamiento de datos establecido también en Brasil para que elabore ofertas especiales a clientes de Francia, España y Portugal sobre la base de sus pedidos anteriores y lleve a cabo el tratamiento de datos conexas.

Las actividades de tratamiento realizadas por el encargado, siguiendo las instrucciones del responsable del tratamiento, están relacionadas con la oferta de bienes al interesado de la Unión. Además, con estas ofertas personalizadas, el encargado del tratamiento controla directamente a los interesados en la UE. El tratamiento realizado por el encargado está sujeto al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2.

Ejemplo 20: una empresa estadounidense ha desarrollado una aplicación relacionada con la salud y el estilo de vida que permite a los usuarios registrar en la empresa estadounidense sus indicadores personales (horas de sueño, peso, presión arterial, frecuencia cardíaca, etc.). La aplicación, a continuación, ofrece diariamente a los usuarios recomendaciones sobre alimentación y deporte. El responsable de los datos de los EE. UU. lleva a cabo el tratamiento. La aplicación se ofrece a particulares de la Unión, que la utilizan. A efectos de almacenamiento de datos, la empresa estadounidense recurre a un encargado del tratamiento establecido en los Estados Unidos (proveedor de servicios en la nube).

En la medida en que la empresa estadounidense controla el comportamiento de las personas en la UE, cuando gestiona la aplicación sobre la salud y el estilo de vida, está «seleccionando» particulares de la UE, por lo que su tratamiento de los datos personales de particulares en la UE entrará en el ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 2.

Al llevar a cabo el tratamiento, de conformidad con las instrucciones de la empresa estadounidense, y en su nombre, el encargado/proveedor de los servicios en la nube realiza una actividad de tratamiento «relacionada» con la selección de particulares de la UE por su responsable. Esta actividad de tratamiento realizada por el encargado en nombre de su responsable del tratamiento entra en el ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 2.

Ejemplo 21: una empresa turca ofrece paquetes de viajes culturales a Oriente Medio con guías turísticos en inglés, francés y español. Los paquetes turísticos se anuncian principalmente y se ofrecen a través de un sitio web disponible en los tres idiomas, y se pueden reservar en línea y pagar en euros y en libras esterlinas. Con fines de comercialización y de prospección comercial, la empresa da instrucciones a un encargado del tratamiento de datos, un centro de atención telefónica, establecido en Túnez, de ponerse en contacto con antiguos clientes de Irlanda, Francia, Bélgica y España, con el fin de obtener información sobre sus viajes anteriores e informarles sobre nuevas ofertas y destinos. El responsable del tratamiento está «seleccionando destinatarios» al ofrecer sus servicios a particulares de la UE, y su tratamiento entrará dentro del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, del RGPD.

Las actividades de tratamiento del encargado tunecino, que publicita los servicios del responsable a particulares de la UE, están también relacionadas con la oferta de servicios del responsable del tratamiento y, por tanto, entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2. Además, en este caso concreto, el encargado tunecino participa activamente en actividades de tratamiento relacionadas con la aplicación de los criterios de selección, ofreciendo servicios en nombre del controlador turco y siguiendo las instrucciones de este.

e) Interacción con otras disposiciones del RGPD y otras legislaciones

El CEPD también evaluará la interacción entre la aplicación del ámbito territorial del RGPD, de conformidad con el artículo 3, y las disposiciones relativas a las transferencias internacionales de datos, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V. En caso necesario, se publicarán orientaciones adicionales en este sentido.

Los responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la UE estarán obligados a cumplir con sus propias legislaciones nacionales de terceros países en relación con el tratamiento de datos personales. No obstante, cuando dicho tratamiento se refiera a la selección de personas en la Unión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, el responsable del tratamiento, además de estar sujeto a la legislación nacional de su país, estará obligado a cumplir el RGPD, independientemente de si el tratamiento se realiza de conformidad con una obligación jurídica en el tercer país o simplemente por decisión del responsable.

3 EL TRATAMIENTO EN UN LUGAR EN QUE EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS SEA DE APLICACIÓN EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El artículo 3, apartado 3, establece que «*el presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público*». Esta disposición se amplía en el considerando 25, que establece que «*Cuando sea de aplicación el Derecho de los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público, el presente Reglamento debe aplicarse también a todo responsable del tratamiento no establecido en la Unión, como en una misión diplomática u oficina consular de un Estado miembro*».

El CEPD considera, por tanto, que el RGPD se aplica al tratamiento de datos personales realizado por las embajadas y los consulados de los Estados miembros de la UE situados fuera de la UE, ya que dicho tratamiento está incluido en el ámbito de aplicación del RGPD en virtud del artículo 3, apartado 3. Una oficina consular o diplomática de un Estado miembro, en calidad de responsable o encargado del tratamiento de los datos, estaría sujeta a todas las disposiciones pertinentes del RGPD, incluso en relación con los derechos del interesado, las obligaciones generales relacionadas con el responsable y el encargado y las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales.

Ejemplo 22: el consulado de los Países Bajos en Kingston (Jamaica) abre un proceso de solicitud en línea para la contratación de personal local con el fin de reforzar su administración.

Aunque el consulado de los Países Bajos en Kingston (Jamaica) no está establecido en la Unión, el hecho de que se trate de una oficina consular de un país de la UE donde se aplica la legislación de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional público implica que el RGPD es aplicable a su tratamiento de datos personales, de conformidad con el artículo 3, apartado 3.

Ejemplo 23: un crucero alemán que navega en aguas internacionales trata datos de los pasajeros a bordo con el fin de adaptar la oferta de entretenimiento en el crucero. Mientras el buque esté situado fuera de la Unión, en aguas internacionales, habida cuenta de que está registrado en Alemania, en virtud del Derecho internacional público, el RGPD será aplicable a su tratamiento de datos personales, de conformidad con el artículo 3, apartado 3.

A pesar de no tener relación con la aplicación del artículo 3, apartado 3, una situación diferente es aquella en la que, con arreglo al Derecho internacional, ciertas entidades, organismos u organizaciones establecidas en la Unión se benefician de privilegios e inmunidades como las establecidas en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961,²⁷ la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1963 o los acuerdos de sede celebrados entre las organizaciones internacionales y sus Estados miembros anfitriones en la Unión. A este respecto, el CEPD recuerda que la aplicación del RGPD se entiende sin perjuicio de las disposiciones del Derecho internacional, como las que rigen los privilegios e inmunidades de las oficinas consulares y las misiones diplomáticas de países no pertenecientes a la UE, así como de las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, es importante recordar que cualquier responsable o encargado del tratamiento que esté incluido en el ámbito de aplicación del RGPD para una determinada actividad de tratamiento y que intercambie datos personales con dichas entidades, organismos y organizaciones debe cumplir lo dispuesto en el RGPD, incluidas, en su caso, sus normas sobre las transferencias a terceros países u organizaciones internacionales.

4 REPRESENTANTES DE RESPONSABLES O ENCARGADOS DEL TRATAMIENTO NO ESTABLECIDOS EN LA UNIÓN

Los responsables o encargados del tratamiento de datos sujetos al RGPD, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, tienen la obligación de designar un representante en la Unión. Si un responsable o encargado del tratamiento no está establecido en la Unión, pero está sujeto al RGPD, y no designa un representante en la Unión infringiría el Reglamento.

Esta disposición no es completamente nueva puesto que la Directiva 95/46/CE ya establecía una obligación similar. Con arreglo a la Directiva, esta disposición se refería a responsables del tratamiento no establecidos en el territorio de la Comunidad que, a efectos del tratamiento de datos personales, utilizaran equipos, automatizados o de otro tipo, situados en el territorio de un Estado miembro. El RGPD impone la obligación de designar un representante en la Unión a cualquier responsable o encargado del tratamiento que entre en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, a menos que cumpla los criterios de exención establecidos en el artículo 27, apartado 2. A fin de facilitar la aplicación de esta disposición específica, el CEPD considera necesario proporcionar orientaciones adicionales sobre el proceso de designación, las obligaciones de establecimiento y las responsabilidades del representante en la Unión, de conformidad con el artículo 27.

Cabe señalar que un responsable o encargado del tratamiento no establecido en la Unión que haya designado por escrito un representante en la Unión, de conformidad con el artículo 27 del RGPD, no se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, lo que significa que la presencia del representante en la Unión no constituye un «establecimiento» de un responsable o encargado en virtud del artículo 3, apartado 1.

²⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

a) Designación de un representante

El considerando 80 aclara que *«El representante debe ser designado expresamente por mandato escrito del responsable o del encargado para que actúe en su nombre con respecto a las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento»*. La designación de dicho representante no afecta a la responsabilidad del responsable o del encargado en virtud del presente Reglamento. Dicho representante debe desempeñar sus funciones conforme al mandato recibido del responsable o del encargado, incluida la cooperación con las autoridades de control competentes en relación con cualquier medida que se tome para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento».

Por consiguiente, el mandato escrito al que se hace referencia en el considerando 80 regirá las obligaciones y las relaciones entre el representante en la Unión y el responsable o el encargado del tratamiento establecidos fuera de la Unión, sin que ello afecte a la responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento. El representante en la Unión podrá ser una persona física o jurídica establecida en la Unión que pueda representar a un responsable o encargado del tratamiento establecido fuera de la Unión en relación con sus obligaciones respectivas en virtud del RGPD.

En la práctica, la función de representante en la Unión puede ejercerse sobre la base de un contrato de servicios celebrado con una persona u organización y, por tanto, puede ser asumida por una amplia gama de entidades comerciales y no comerciales, como bufetes de abogados, consultorías, empresas privadas, etc., siempre que dichas entidades estén establecidas en la Unión. Un representante también puede actuar en nombre de responsables y encargados del tratamiento de fuera de la UE.

Cuando la función de representante es asumida por una empresa o por cualquier otro tipo de organización, se recomienda asignar a un solo individuo la función de contacto principal y de «responsable» de cada responsable o encargado representado. Por lo general, sería conveniente especificar estos puntos en el contrato de servicios.

En consonancia con el RGPD, el CEPD confirma que, cuando varias operaciones de tratamiento de un responsable o encargado correspondan al ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, del RGPD (y no se aplique ninguna de las excepciones previstas en el artículo 27, apartado 2, del RGPD), no cabe esperar que dicho responsable o encargado del tratamiento designe varios representantes para cada una de las diferentes actividades de tratamiento que estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2. El CEPD no considera compatible la función de representante en la Unión con la función de un delegado de protección de datos externo establecido en la Unión. El artículo 38, apartado 3, establece algunas garantías básicas para contribuir a garantizar que los delegados de protección de datos puedan desempeñar sus funciones con un grado suficiente de autonomía dentro de su organización. En particular, los responsables o encargados del tratamiento están obligados a garantizar que el delegado de protección de datos *«no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones»*. El considerando 97 añade que los delegados de protección de datos, *«sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente»*²⁸. Este requisito de un grado suficiente de autonomía e independencia de un delegado de protección de datos no parece compatible con la función de representante en la Unión. El representante está sujeto a un mandato por parte de un responsable o encargado y actuará en su nombre y, por tanto, siguiendo sus instrucciones directas.²⁹ El representante recibe el mandato del responsable o encargado al que representa y, por lo

²⁸ Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD) del Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP 243 rev.01 - adoptadas por el CEPD.

²⁹ Un DPD externo que también actúa como representante en la Unión no podría encontrarse, por ejemplo, en una situación en la que se le haya dado instrucciones para que, en calidad de representante, comunique a un

tanto, actúa en su nombre cuando desempeña su función, que no puede ser compatible con la realización de los deberes y tareas del delegado de protección de datos de un modo independiente.

Además, y para complementar su interpretación, el CEPD recuerda la postura ya adoptada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 subrayando que *«también puede surgir un conflicto de intereses, por ejemplo, si se pide a un DPD externo que represente al responsable o al encargado del tratamiento ante los tribunales en asuntos relacionados con la protección de datos»*³⁰.

Del mismo modo, dado el posible conflicto de obligaciones e intereses en asuntos de procedimientos de ejecución, el CEPD no considera que la función de un representante del responsable del tratamiento de datos en la Unión sea compatible con el papel del encargado del tratamiento para ese mismo responsable del tratamiento de datos, en particular, cuando se trata de la observancia de sus respectivas responsabilidades y cumplimiento.

Si bien el RGPD no impone al responsable del tratamiento o al propio representante la obligación de notificar la designación de este último a una autoridad de control, el CEPD recuerda que, de conformidad con los artículos 13, apartado 1, letra a), y 14, apartado 1, letra a), como parte de sus obligaciones de información, los responsables del tratamiento facilitarán a los interesados información sobre la identidad de su representante en la Unión. Esta información se incluirá, por ejemplo, en [la declaración de confidencialidad y] la información previa proporcionada a los interesados en el momento de la recogida de datos. Un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, al que sea de aplicación el artículo 3, apartado 2, y que no informe a los interesados que estén en la Unión de la identidad de su representante, estaría incumpliendo sus obligaciones de transparencia con arreglo al RGPD. Esta información debe ser además fácilmente accesible para las autoridades de control, a fin de facilitar el establecimiento de un contacto en caso de necesidad de cooperación.

Ejemplo 24: el sitio web mencionado en el ejemplo 12, basado y gestionado en Turquía, ofrece servicios para la creación, edición, impresión y envío de álbumes de fotos familiares personalizados. El sitio está disponible en inglés, francés, neerlandés y alemán, y los pagos pueden efectuarse en euros o en libras esterlinas. El sitio web indica que los álbumes fotográficos solo pueden entregarse por correo postal en Francia, los países del Benelux y Alemania. Habida cuenta de que este sitio web está sujeto al RGPD, de conformidad con su artículo 3, apartado 2, letra a), el responsable del tratamiento debe designar un representante en la Unión.

El representante debe estar establecido en uno de los Estados miembros en los que el servicio ofrecido está disponible, en este caso, en Francia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo o Alemania. El nombre y los datos de contacto del responsable del tratamiento de datos y de su representante en la Unión deben figurar en la información facilitada en línea a los interesados una vez que empiecen a utilizar el servicio mediante la creación de su álbum de fotos. También debe figurar en la declaración de confidencialidad general del sitio web.

b) Exenciones de la obligación de designación³¹

Si bien la aplicación del artículo 3, apartado 2, conlleva la obligación de designar un representante en la Unión para los responsables o encargados establecidos fuera de la Unión, el artículo 27, apartado 2,

interesado una decisión o medida adoptada por el responsable o encargado que dicho DPD, en calidad de tal, haya considerado que no cumple las disposiciones del RGPD y la haya desaconsejado.

³⁰ Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD) del Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP 243 rev.01 - adoptadas por el CEPD.

³¹ Parte de los criterios e interpretación establecidos en las Directrices G29 WP243 rev.1 (delegados de protección de datos) aprobadas por el CEPD pueden utilizarse como base para las exenciones a la obligación de designación.

prevé una excepción a la designación obligatoria de un representante en la Unión en dos casos distintos:

- J) el tratamiento que sea «ocasional, que no incluya el manejo a gran escala de categorías especiales de datos indicadas en el artículo 9, apartado 1, o de datos personales relativos a condenas e infracciones penales a que se refiere el artículo 10», y que sea «improbable que entrañe un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, teniendo en cuenta la naturaleza, contexto, alcance y objetivos del tratamiento».

En consonancia con las posturas adoptadas anteriormente por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el CEPD considera que una actividad de tratamiento solo puede considerarse «ocasional» si no se realiza con regularidad, y se produce fuera del curso regular de la actividad comercial o de otro tipo del responsable o del encargado del tratamiento.³²

Por otra parte, si bien el RGPD no define qué actividades constituyen un tratamiento a gran escala, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha recomendado previamente, en sus directrices WP243 sobre los delegados de protección de datos, que se tengan en cuenta los siguientes factores, en particular, a la hora de determinar si el tratamiento se realiza a gran escala: el número de interesados afectados, bien como cifra concreta o como proporción de la población correspondiente; el volumen de datos o la variedad de elementos de datos distintos que se procesan; la duración o permanencia de la actividad de tratamiento de datos; el alcance geográfico de la actividad de tratamiento.³³

Por último, el CEPD destaca que la exención de la obligación de designación, tal como se establece en el artículo 27, se refiere al tratamiento «que sea improbable que entrañe un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas»³⁴, por lo que no limita la exención al tratamiento con escasas probabilidades de entrañar un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados. En consonancia con el considerando 75, al evaluar el riesgo para los derechos y la libertad de los interesados, deben tenerse en cuenta tanto la probabilidad como la gravedad del riesgo.

O bien

- J) el tratamiento que sea llevado a cabo por «una autoridad u organismo público».

La calificación de «autoridad u organismo público» para una entidad establecida fuera de la Unión deberá ser evaluada por las autoridades de control de forma concreta y caso por caso.³⁵ El CEPD señala que, dada la naturaleza de sus tareas y misiones, es probable que los casos en que una autoridad u organismo público de un tercer país ofrezcan bienes o servicios a los interesados en la Unión, o supervisen su comportamiento en la Unión, sean limitados.

³² Documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre las excepciones a la obligación de mantener registros de las actividades de tratamiento con arreglo al artículo 30, apartado 5, del RGPD.

³³ Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD) del Grupo de Trabajo del Artículo 29, adoptadas el 13 de diciembre de 2016, revisadas por última vez el 5 de abril de 2017, WP 243 rev. 01, adoptadas por el CEPD.

³⁴ Artículo 27, apartado 2, letra a), del RGPD.

³⁵ El RGPD no establece qué constituye una «autoridad u organismo público». El CEPD considera que este concepto debe determinarse con arreglo al Derecho nacional. En este sentido, entre las autoridades y organismos públicos se encuentran autoridades nacionales, regionales y locales, pero el concepto, en virtud de las diferentes legislaciones de aplicación, suele incluir también otros organismos de Derecho público.

c) Establecimiento en uno de los Estados miembros en los que residan los interesados cuyos datos personales se tratan

El artículo 27, apartado 3, dispone lo siguiente: «El representante estará establecido en uno de los Estados miembros en que estén los interesados cuyos datos personales se traten en el contexto de una oferta de bienes o servicios, o cuyo comportamiento esté siendo controlado». En los casos en que un porcentaje considerable de interesados cuyos datos personales se estén tratando estén situados en un Estado miembro concreto, el CEPD recomienda, como buena práctica, que el representante esté establecido en dicho Estado miembro. Sin embargo, el representante debe seguir siendo fácilmente accesible para los interesados de los Estados miembros en los que no está establecido y en los que se ofrecen los servicios o bienes o en los que se controla el comportamiento.

El CEPD confirma que el criterio para el establecimiento del representante en la Unión es la ubicación de los interesados cuyos datos personales estén siendo tratados. El lugar del tratamiento, incluso por parte de un encargado del tratamiento establecido en otro Estado miembro, no es aquí un elemento pertinente para determinar la ubicación del establecimiento del representante.

Ejemplo 25: una empresa farmacéutica india, sin presencia comercial ni establecimiento en la Unión y sujeta al RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 2, patrocina ensayos clínicos realizados por investigadores (hospitales) en Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. La mayoría de los pacientes que participan en los ensayos clínicos están situados en Bélgica.

La empresa farmacéutica india, como responsable del tratamiento de los datos, designará un representante en la Unión establecido en uno de los tres Estados miembros donde los pacientes, como interesados, participen en el ensayo clínico (Bélgica, Luxemburgo o los Países Bajos). Dado que la mayoría de los pacientes son residentes belgas, se recomienda que el representante esté establecido en Bélgica. En tal caso, el representante en Bélgica debe ser fácilmente accesible para los interesados y las autoridades de control de los Países Bajos y Luxemburgo.

En este caso concreto, el representante en la Unión podría ser el representante legal del promotor en la Unión, de conformidad con el artículo 74 del Reglamento (UE) n.º 536/2014 sobre los ensayos clínicos, siempre que no actúe como encargado del tratamiento de datos en nombre del promotor del ensayo clínico, que esté establecido en uno de los tres Estados miembros y que ambas funciones se rijan y ejerzan de conformidad con cada marco jurídico.

d) Obligaciones y responsabilidades del representante

El representante en la Unión actúa en nombre del responsable o del encargado que representa en relación con las obligaciones del responsable o encargado en virtud del RGPD. Esto implica, en concreto, las obligaciones relativas al ejercicio de los derechos de los interesados, y en este sentido y como ya se ha dicho, la identidad y los datos de contacto del representante deben facilitarse a los interesados de conformidad con los artículos 13 y 14. Si bien no es el responsable del cumplimiento de los derechos de los interesados, el representante debe facilitar la comunicación entre los interesados y el responsable o encargado representado, para que el ejercicio de los derechos de los interesados sea efectivo.

De conformidad con el artículo 30, el representante del responsable o encargado llevará un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo la responsabilidad del responsable o el encargado. El CEPD considera que, si bien el mantenimiento de este registro es una obligación impuesta tanto al responsable o encargado como al representante, el responsable o el encargado no establecido en la Unión es responsable del contenido primario y de la actualización del registro, y al mismo tiempo debe

proporcionar a su representante toda la información exacta y actualizada, de manera que el representante también pueda mantener el registro y facilitar su acceso en todo momento. Al mismo tiempo, es responsabilidad del representante facilitarlo, de conformidad con el artículo 27, por ejemplo, cuando así se lo solicite una autoridad de control, de conformidad con el artículo 27, apartado 4.

Tal y como se establece en el considerando 80, el representante debe desempeñar además sus funciones conforme al mandato recibido del responsable o del encargado, incluida la cooperación con las autoridades de control competentes en relación con cualquier medida que se tome para garantizar el cumplimiento de dicho Reglamento. En la práctica, esto significa que una autoridad de control se pondría en contacto con el representante en relación con cualquier cuestión relativa a las obligaciones de cumplimiento de un responsable o encargado establecido fuera de la Unión, y el representante será capaz de facilitar cualquier intercambio de información o procedimiento entre una autoridad de control que lo solicite y un responsable o encargado establecido fuera de la Unión.

En caso necesario, con la ayuda de un equipo, el representante en la Unión debe estar en condiciones de comunicar con eficacia a los interesados y de cooperar con las autoridades de control correspondientes. Esto significa que esta comunicación debería, en principio, producirse en la lengua o lenguas utilizadas por las autoridades de control y los interesados afectados, o, si esto conllevase un esfuerzo desproporcionado, el representante debería emplear otros medios y técnicas para garantizar la eficacia de la comunicación. La disponibilidad de un representante es, por lo tanto, esencial para garantizar que los interesados y las autoridades de control puedan establecer contacto fácilmente con el responsable o encargado establecido fuera de la UE. De conformidad con el considerando 80 y el artículo 27, apartado 5, la designación de un representante en la Unión no afecta a la responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento con arreglo al RGPD, y se entenderá sin perjuicio de las acciones legales que pudieran emprenderse contra el propio responsable o encargado. El RGPD no prevé ninguna responsabilidad sustitutiva del representante en lugar del responsable o encargado al que representa en la Unión.

No obstante, cabe señalar que el concepto del representante se introdujo precisamente con el objetivo de facilitar el contacto y de garantizar la aplicación efectiva del RGPD en relación con los encargados y responsables que entran dentro del ámbito del artículo 3, apartado 2, del RGPD. Para ello, la intención era permitir a las autoridades de control iniciar procedimientos de aplicación a través del representante designado por los responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión. Esto incluye la posibilidad de que las autoridades de control impongan al representante las medidas correctivas o sanciones y multas administrativas impuestas al responsable o encargado no establecido en la Unión, de conformidad con el artículo 58, apartado 2, y el artículo 83 del RGPD. La posibilidad de exigir responsabilidad directa a un representante se limita, no obstante, a sus obligaciones directas mencionadas en el artículo 30 y en el artículo 58, apartado 1, del RGPD.

El CEPD subraya además que el artículo 50 del RGPD tiene como objetivo principalmente facilitar la aplicación de la legislación en relación con terceros países y organizaciones internacionales, y que en la actualidad se está analizando la creación de otros mecanismos de cooperación internacional en este sentido.