

Guidelines



**Directrices 3/2018 sobre el ámbito de
aplicación territorial del RGPD (artículo 3)**

Versión 2.0

12 de noviembre de 2019

Historial de versiones

Versión 2.0	12 de noviembre de 2019	Adopción de las directrices tras una consulta pública
Versión 1.0	16 de noviembre de 2018	Aprobación de las directrices para la consulta sobre publicaciones

Contenido

Introducción

.....	4
1 Aplicación del criterio del establecimiento - Artículo3(1)	5
2 Aplicación del criterio de selección - Art.3(2)	13
3 Tratamiento en un lugar en el que se aplica la legislación de un Estado miembro en virtud de la normativa internacional pública	22
4 Representante de los controladores o procesadores no establecidos en la Unión	23

El Comité Europeo de Protección de Datos

Visto el artículo 70, apartado 1, letra e), del Reglamento 2016/679/UE 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 Reglamento GDPR o el Reglamento) está determinado por el artículo 3 del Reglamento y representa una evolución significativa de la legislación de protección de datos de la UE en comparación con el marco definido por la Directiva 95/46/CE². En parte, el GDPR confirma las decisiones tomadas 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. Sin embargo, se han introducido importantes elementos nuevos. Lo que es más importante, el objetivo principal del artículo 4 de la Directiva era definir qué legislación nacional de un Estado miembro es aplicable, mientras que el artículo 3 del RGPD define el ámbito territorial de un texto directamente aplicable. Además, mientras que el artículo 4 de la Directiva hacía referencia a la "utilización de equipos" en el territorio de la Unión como base para incluir a los responsables del tratamiento "no establecidos en el territorio comunitario" en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos, dicha referencia no figura en el artículo 3 del RGPD.

El artículo 3 del Reglamento refleja la intención del legislador de garantizar una protección completa de los derechos de los interesados en la UE y de establecer, en términos de requisitos de protección de datos, unas condiciones equitativas para las empresas que operan en los mercados de la UE, en un contexto de flujos de datos mundiales.

El artículo 3 del Reglamento define el ámbito de aplicación territorial del Reglamento sobre la base de dos criterios principales: el criterio de "establecimiento", de conformidad con el artículo 3, apartado 1, y el criterio de "orientación", de conformidad con el artículo 3, apartado 2. Cuando se cumpla uno de estos dos criterios, las disposiciones pertinentes del GDPR se aplicarán al tratamiento pertinente de datos personales por el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento en cuestión. Además, el artículo 3, apartado 3, confirma la aplicación del RGPD al tratamiento cuando la legislación de un Estado miembro se aplica en virtud del Derecho internacional público.

Mediante una interpretación común por parte de las autoridades de protección de datos de la UE, estas directrices pretenden garantizar una aplicación coherente del Reglamento de Protección de Datos de Peligro a la hora de evaluar si un tratamiento concreto por parte de un responsable del tratamiento o de un encargado del

tratamiento entra dentro del ámbito de aplicación del nuevo marco jurídico de la UE. En estas directrices, el EDPB establece y aclara los criterios para determinar la aplicación del ámbito territorial del PBI. Esta interpretación común es también esencial para los controladores y los transformadores, tanto dentro como fuera de la UE, para que puedan evaluar si necesitan cumplir con el RGP para una actividad de transformación determinada.

Dado que los responsables del tratamiento o los transformadores no establecidos en la UE pero dedicados a las actividades de transformación contempladas en el artículo 3, apartado 2, están obligados a designar a un representante en la Unión, estas directrices también proporcionarán aclaración sobre el proceso de designación de este representante en virtud del artículo 27 y sus responsabilidades y obligaciones.

Como principio general, la EDPB afirma que cuando el tratamiento de datos personales entra dentro del ámbito territorial del Reglamento GDPR, todas las disposiciones del Reglamento se aplican a dicho tratamiento. Estas directrices especificarán los distintos escenarios que pueden surgir, en función del tipo de actividades de tratamiento, de la entidad que lleve a cabo dichas actividades de tratamiento o de la ubicación de dichas entidades, y detallarán las disposiciones aplicables a cada situación. Por lo tanto, es esencial que los responsables del tratamiento y los encargados del tratamiento, especialmente los que ofrecen bienes y servicios a nivel internacional, lleven a cabo una evaluación cuidadosa y *concreta* de sus actividades de tratamiento, a fin de determinar si el tratamiento de datos personales correspondiente entra en el ámbito de aplicación del RD-PIB.

El EDPB subraya que la aplicación del artículo 3 tiene por objeto determinar si una determinada actividad de transformación, en lugar de una persona (jurídica o física), entra en el ámbito de aplicación del RGPD. Por consiguiente, algunos tratamientos de datos personales efectuados por un responsable del tratamiento o un encargado del tratamiento podrían entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, mientras que otros tratamientos de datos personales efectuados por el mismo responsable del tratamiento o el mismo encargado del tratamiento podrían no entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, dependiendo de la actividad de tratamiento.

Estas directrices, adoptadas inicialmente por el EDPB el 16 de noviembre, se sometieron a una consulta pública del 23 de noviembre de 2018 al 18 de enero de 2019 y se actualizaron teniendo en cuenta las contribuciones y la información recibida.

1 APLICACIÓN DEL CRITERIO DEL ESTABLECIMIENTO - APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 3

El artículo 3, apartado 1, del GDPR establece que el *"Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del*

tratamiento en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no".

El apartado 1 del artículo 3 del GDPR hace referencia no sólo a la creación de un controlador, sino también a la creación de un transformador. Por consiguiente, el tratamiento de datos personales por parte de un encargado del tratamiento también puede estar sujeto a la legislación de la UE en virtud de que el encargado del tratamiento tenga un establecimiento situado en la UE.

El artículo 3, apartado 1, garantiza que el RGP se aplica al tratamiento efectuado por un responsable del tratamiento o un transformador en el contexto de las actividades de un establecimiento de dicho responsable del tratamiento o transformador en la Unión, independientemente del lugar real del tratamiento. Por consiguiente, el EDPB recomienda un triple enfoque para determinar si el tratamiento de datos personales entra o no en el ámbito de aplicación del RGPD de conformidad con el artículo 3, apartado 1.

Las siguientes secciones aclaran la aplicación del criterio de establecimiento, en primer lugar, considerando la definición de "establecimiento" en la UE en el sentido de la legislación de protección de datos de la UE, en segundo lugar, examinando 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 con independencia de si el tratamiento llevado a cabo en el contexto de las actividades de este establecimiento tiene lugar en la Unión o no.

a) "Un establecimiento en la Unión"

Antes de considerar lo que se entiende por "establecimiento en la Unión", es necesario identificar quién es el responsable del tratamiento o el transformador de una determinada actividad de tratamiento. Según la definición del artículo 4, apartado 7, del RGPD, se entiende por responsable del tratamiento "la persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u otro organismo que, por sí sola o conjuntamente con otras, determina los fines y medios del tratamiento de datos personales". Un transformador, según el apartado 8 del artículo 4 del RGPD, es "una persona física o jurídica, una autoridad pública, agencia u otro organismo que trate datos personales en nombre del responsable del tratamiento". Según lo establecido por la jurisprudencia pertinente del CJEU y el anterior dictamen del WP29³, la determinación de si una entidad es un responsable del tratamiento o un encargado del tratamiento 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 GDPR al tratamiento de datos personales en cuestión.

Aunque el concepto de "establecimiento principal" se define en el artículo 4, apartado 16, el RGPD no ofrece una definición de "establecimiento" a efectos del artículo 3⁴. Sin embargo, el considerando 22⁵ aclara que "[e]l establecimiento implica el ejercicio efectivo y real de actividades mediante acuerdos estables. La forma jurídica de estos acuerdos, ya sea a través de una sucursal o de una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante a este respecto".

Esta redacción es idéntica a la que figura en el considerando 19 de la Directiva 95/46/CE, a la que se ha hecho referencia en varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que amplían la interpretación del término "establecimiento", y que se aleja de un enfoque formalista según el cual las empresas están establecidas únicamente en el lugar en el que están registradas⁶. De hecho, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que el concepto de establecimiento se extiende a cualquier actividad real y efectiva aunque sea mínima- ejercida a través de acuerdos estables⁷. Para determinar si una entidad establecida fuera de la Unión tiene un establecimiento en un Estado miembro, tanto el grado de estabilidad de los acuerdos como el 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 los servicios de que se trate. Esto es especialmente cierto en el caso de las empresas que ofrecen servicios exclusivamente a través de Internet⁸.

El umbral para una "disposición estable"⁹ puede ser bastante bajo cuando el centro de actividades de un controlador se refiere a la prestación de servicios en línea. En consecuencia, en algunas circunstancias, la presencia en la Unión de un solo empleado o agente de una entidad no perteneciente a la UE puede ser suficiente para constituir un acuerdo estable (equivalente a un "establecimiento" a efectos del apartado 1 del artículo 3) si dicho empleado o agente actúa con un grado suficiente de estabilidad. Por el contrario, cuando un empleado tiene su sede en la UE pero el tratamiento no se está llevando a cabo en el contexto de las actividades del empleado con sede en la UE en la Unión (es decir, el tratamiento se refiere a las actividades del responsable del tratamiento fuera de la UE), la mera presencia de un empleado en la UE no dará lugar a que dicho tratamiento entre en el ámbito de aplicación del RGPD. En otras palabras, la mera presencia de un empleado en la UE no es suficiente para desencadenar la aplicación del RPI, ya que para que el tratamiento en cuestión entre en el ámbito del RPI, también debe llevarse a cabo en el contexto de las actividades del empleado establecido en la UE.

El hecho de que la entidad no perteneciente a la UE responsable del tratamiento de datos no tenga una sucursal o filial en un Estado miembro no impide que ésta tenga un establecimiento en el territorio de la Unión Europea el significado de la ley de protección de datos de la UE. Aunque la noción de establecimiento es amplia, no es ilimitada. No es posible concluir que la entidad no perteneciente a la UE tenga un establecimiento en la Unión por el mero hecho de que el sitio web de la empresa sea accesible en la Unión¹⁰.

Ejemplo 1: Una empresa de fabricación de automóviles con sede en los EE.UU. tiene una sucursal propia situada en Bruselas que supervisa todas sus operaciones en Europa, incluidas la comercialización y la publicidad.

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

Una vez que se llegue a la conclusión de que un responsable del tratamiento o transformador está establecido en la UE, se procederá a un análisis *in concreto* para determinar si el tratamiento en cuestión se lleva a cabo en el contexto de las actividades de dicho establecimiento, con el fin de determinar si es aplicable el artículo 3, apartado 1. Si un responsable del tratamiento o un transformador establecido fuera de la Unión ejerce "una actividad real y efectiva, aunque sea mínima", mediante "disposiciones estables", independientemente de su forma jurídica (por ejemplo, filial, sucursal, oficina, etc.), en el territorio de un Estado miembro, puede considerarse que dicho responsable del tratamiento o transformador tiene un establecimiento en ese Estado miembro¹¹. Por lo tanto, es importante considerar si el tratamiento de datos personales tiene lugar "en el contexto de las actividades de" un establecimiento de este tipo, como se destaca en el considerando 22.

b) El tratamiento de datos personales realizado "en el marco 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 del tratamiento o el transformador estará sujeto a obligaciones en virtud del RGP siempre que el tratamiento se lleve a cabo "en el contexto de las actividades" de su establecimiento pertinente en la Unión. El EDPB recomienda que la determinación de si el tratamiento se está llevando a cabo en el contexto de un establecimiento del responsable del tratamiento o del transformador en la Unión a efectos del artículo 3, apartado 1, se realice caso por caso y sobre la base de un análisis *concreto*. Cada situación debe evaluarse por separado, teniendo en cuenta los hechos específicos del caso.

El EDPB considera que, a efectos del artículo 3, apartado 1, el significado de "tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento" debe entenderse a la luz de la jurisprudencia pertinente. Por una parte, con el fin de cumplir el objetivo de garantizar una protección eficaz y completa, el significado de "en el contexto de las actividades de un establecimiento" no puede interpretarse de manera restrictiva¹². Por otra parte, la existencia de un establecimiento en el sentido del RGP no debe interpretarse de manera demasiado amplia como para concluir que la existencia de cualquier presencia en la UE, incluso con los vínculos más remotos 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. De hecho, algunas de las actividades comerciales realizadas por una entidad no perteneciente a la UE en un Estado miembro pueden estar tan alejadas del tratamiento de los siguientes productos datos personales de esta entidad, que la existencia de la actividad comercial en la UE no bastaría para incluir el tratamiento de datos por parte de la entidad no perteneciente a la UE en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos¹³.

La consideración de los dos factores siguientes puede ayudar a determinar si el tratamiento está siendo efectuado por un responsable del tratamiento o por un transformador en el contexto de su establecimiento en la Unión

i) Relación entre un responsable o encargado del tratamiento de datos fuera de la Unión y su establecimiento local en la Unión

Las actividades de tratamiento de datos de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento establecido fuera de la UE pueden estar inextricablemente vinculadas a las actividades de un establecimiento local de un Estado miembro y, por lo tanto, pueden dar lugar a la aplicabilidad de la legislación de la UE, aun cuando dicho establecimiento local no esté desempeñando realmente ninguna función en el tratamiento de datos propiamente dicho¹⁴. Si un análisis caso por caso de los hechos demuestra que existe un vínculo inextricable entre el tratamiento de datos personales efectuado por un responsable o un encargado del tratamiento de datos ajenos a la UE y las actividades de un establecimiento de la UE, la legislación de la UE se aplicará a dicho tratamiento por parte de la entidad no perteneciente a la UE, independientemente de que el establecimiento de la UE desempeñe o no un papel en dicho tratamiento de datos¹⁵.

ii) La recaudación de ingresos en la Unión.

La recaudación de ingresos en la UE por parte de un establecimiento local, en la medida en que dichas actividades puedan considerarse "inextricablemente vinculadas" al tratamiento de datos personales que tenga lugar fuera de la UE y a personas físicas en la UE, puede ser indicativa de que el tratamiento por parte de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento de datos ajenos a la UE se lleva a cabo "en el contexto de las actividades del establecimiento de la UE", y puede ser suficiente para que se aplique la legislación de la UE a dicho tratamiento¹⁶.

El EDPB recomienda que las organizaciones no pertenecientes a la UE realicen una evaluación de sus actividades de tratamiento, en primer lugar, determinando si se están tratando datos personales y, en segundo lugar, identificando 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 un vínculo de este tipo, 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 enumerados anteriormente.

Ejemplo 2: Un sitio web de comercio electrónico es operado por una empresa con sede en China. Las actividades de procesamiento 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 prospección comercial y marketing hacia los mercados de la UE.

En este caso, puede considerarse que las actividades de la oficina europea de Berlín

la campaña de prospección y comercialización comercial hacia los mercados de la UE sirve, en particular, 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 inextricablemente ligado a las actividades de la oficina europea de Berlín en relación con la prospección comercial y la campaña de marketing 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 lo tanto considerarse realizado en el contexto de las actividades de la oficina europea, como un establecimiento en la Unión. Por lo tanto, esta actividad de transformación de la empresa china estará sujeta a las disposiciones del Reglamento por su artículo 3 (1)”

Ejemplo 3: Una cadena de hoteles y resorts en Sudáfrica ofrece paquetes a través de su sitio web, disponible en inglés, alemán, francés y español. La empresa no tiene ninguna oficina, representación o acuerdo estable en la UE.

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

Sin embargo, debe analizarse *en concreto* si el tratamiento realizado por este responsable del tratamiento establecido fuera de la UE puede estar sujeto al RGPD, de conformidad con el apartado 1 del artículo 3.

c) Aplicación del GDPR al establecimiento de un controlador o un transformador en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.

Con arreglo al artículo 3, apartado 1, el tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento en la Unión da lugar a la aplicación del RDGP y a las obligaciones correspondientes del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento en cuestión.

El texto del GDPR especifica que el Reglamento se aplica a la transformación en el contexto de las actividades de un establecimiento en la UE "*con independencia de que la transformación tenga lugar en la Unión o no*". Es la presencia, a través de un establecimiento, de un responsable o encargado del tratamiento de datos en la UE y el hecho de que un tratamiento tenga lugar en el contexto de las actividades de este establecimiento lo que desencadena la aplicación del RGP a sus actividades de tratamiento. Por lo tanto, el lugar de transformación no es relevante para determinar si el tratamiento, realizado en el contexto de las actividades de un establecimiento de la UE, entra o no en el ámbito de aplicación del RGPD.

Ejemplo 4: Una empresa francesa ha desarrollado una aplicación de coche compartido dirigida exclusivamente a clientes de Marruecos, Argelia y Túnez. El servicio sólo está disponible en estos tres países, pero todas las actividades de tratamiento de datos personales son llevadas a cabo por el responsable del tratamiento en Francia.

Mientras que la recogida de datos personales tiene lugar en países no pertenecientes a la UE, el tratamiento posterior de datos personales en este caso se lleva a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento de datos en la Unión. Por lo tanto, aunque el tratamiento se refiera a datos personales de personas que no se encuentren en la Unión, las disposiciones del Reglamento sobre el producto interior bruto se aplicarán al tratamiento realizado por la empresa francesa, de conformidad con el artículo 3, apartado 1.

Ejemplo 5: Una compañía farmacéutica con sede en Estocolmo ha localizado todas sus actividades de procesamiento de datos personales con respecto a sus datos de ensayos clínicos en su sucursal con sede en Singapur.

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

A la hora de determinar el ámbito territorial del GDPR, la situación geográfica será importante con arreglo al artículo 3, apartado 1, por lo que se refiere al lugar de establecimiento:

- el propio controlador o procesador (¿está establecido dentro o fuera de la Unión?);
- cualquier presencia comercial de un controlador o procesador no perteneciente a la UE (¿tiene un establecimiento en la Unión?)

No obstante, la localización geográfica no es importante a efectos del artículo 3, apartado 1, en lo que respecta al lugar en que se lleva a cabo el tratamiento o a la localización de los interesados.

El texto del artículo 3, apartado 1, no restringe la aplicación del Reglamento GDPR al tratamiento de los datos personales de las personas que se encuentran en la Unión. Por lo tanto, el EDPB considera que cualquier tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento en la Unión entraría en el ámbito de aplicación del RGP, independientemente de la ubicación o la nacionalidad del interesado cuyos datos personales se estén tratando. Este enfoque se ve respaldado por el considerando 14 del Reglamento GDPR, que establece que *"la protección que ofrece el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales"*.

d) Aplicación del criterio de establecimiento al responsable del tratamiento y al procesador

Por lo que se refiere a las actividades de tratamiento que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 3, el EDPB considera que estas disposiciones se aplican a los controladores y transformadores cuyas actividades de tratamiento se llevan a cabo en el contexto de las actividades de sus respectivos establecimientos en la UE. Aunque reconoce que los requisitos para establecer la relación entre un responsable del tratamiento y un encargado del tratamiento¹⁷ no varían en función de la ubicación geográfica del establecimiento de un responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, el EDPB considera que, a la hora de determinar las diferentes obligaciones que se derivan de la aplicabilidad del Reglamento sobre la RDPI con arreglo al artículo 3, apartado 1, el tratamiento por parte de cada entidad debe considerarse por separado.

El RGP prevé disposiciones u obligaciones diferentes y específicas aplicables a los responsables del tratamiento y a los encargados del tratamiento y, como tal, en caso de que un responsable o encargado del tratamiento esté sujeto al RGP con arreglo al artículo 3, apartado 1, las obligaciones correspondientes se aplicarían a ellos respectivamente y por separado. En este contexto, la EDPB considera, en particular, que un encargado del tratamiento en la UE no debe considerarse un establecimiento de un responsable del tratamiento en el sentido del artículo 3, apartado 1, simplemente por su condición de encargado del tratamiento en nombre de un responsable del tratamiento.

La existencia de una relación entre un controlador y un procesador no implica necesariamente la aplicación del RGPD a ambos, en caso de que una de estas dos entidades no esté establecida en la Unión.

Una organización que procesa datos personales en nombre de otra organización (la empresa cliente) y siguiendo instrucciones de ésta, actuará como procesador para la empresa cliente (el controlador). Cuando un transformador esté establecido en la Unión, estará obligado a cumplir las obligaciones impuestas a procesadores por el GDPR (las "obligaciones del procesador GDPR"). Si el responsable del tratamiento que da instrucciones al encargado del tratamiento también está situado en la Unión, éste deberá cumplir las obligaciones impuestas a los responsables del tratamiento por el GDPR (las "obligaciones del responsable del tratamiento del GDPR"). La actividad de transformación que, cuando es llevada a cabo por un responsable del tratamiento, entra en el ámbito de aplicación del Reglamento GDPR en virtud del artículo 3, apartado 1, no quedará fuera del ámbito de aplicación del Reglamento por el mero hecho de que el responsable del tratamiento dé instrucciones a un encargado del tratamiento no establecido en la Unión para que lleve a cabo dicho tratamiento en su nombre.

i) Tratamiento por un responsable del tratamiento establecido en la Unión Europea que dé instrucciones a un encargado del tratamiento no establecido en la Unión

Cuando un responsable del tratamiento sujeto a GDPR opte por utilizar un encargado del tratamiento situado fuera de la Unión para una actividad de tratamiento determinada, seguirá siendo necesario que el responsable del tratamiento garantice por contrato u otro acto jurídico que el encargado del

tratamiento trata los datos de conformidad con el GDPR. El artículo 28, apartado 3, establece que el tratamiento por un transformador se regirá por un contrato u otro acto jurídico. Por consiguiente, el responsable del tratamiento deberá asegurarse de que celebra un contrato con el transformador en el que se contemplan todos los requisitos establecidos en el artículo 28, apartado 3. Además, es probable que, para asegurarse de que ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28, apartado 1 -utilizar únicamente a un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes para aplicar las medidas de manera que el tratamiento cumpla los requisitos del Reglamento y proteja los derechos de los interesados-, el responsable del tratamiento tenga que considerar la posibilidad de imponer, mediante contrato, las obligaciones impuestas por el Reglamento GDPR a los encargados del tratamiento sujetos a él. Es decir, el responsable del tratamiento deberá velar por que el encargado del tratamiento no sujeto al GDPR cumpla las obligaciones, reguladas por un contrato u otro acto jurídico con arreglo a la legislación de la Unión o de los Estados miembros, a que se refiere el apartado 3 del artículo 28.

Así pues, el transformador establecido fuera de la Unión quedará indirectamente sujeto a algunas obligaciones impuestas por los controladores sujetos al RGPD en virtud de los acuerdos contractuales previstos en el artículo 28. Además, pueden aplicarse las disposiciones del capítulo V del Reglamento sobre el producto interior bruto.

Ejemplo 6: Un instituto de investigación finlandés realiza investigaciones sobre el pueblo sami. El instituto lanza un proyecto que sólo concierne al pueblo sami en Rusia. Para este proyecto, el instituto utiliza un procesador con sede en Canadá.

El responsable del tratamiento finlandés tiene la obligación de utilizar únicamente a los encargados del tratamiento que ofrezcan garantías suficientes para aplicar las medidas adecuadas de manera que el tratamiento cumpla los requisitos del RDGP y garantice la protección de los derechos de las personas a las que se refieren los datos. El responsable del tratamiento finlandés debe celebrar un acuerdo de tratamiento de datos con el encargado del tratamiento canadiense, y las obligaciones del encargado del tratamiento se estipularán en dicho acuerdo.

ii) Tratamiento en el marco de las actividades de un establecimiento de transformación en la Unión

Mientras que la jurisprudencia nos proporciona una clara comprensión del efecto del tratamiento que se lleva a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en la UE, el efecto del tratamiento que se lleva a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en la UE es menos claro.

El EDPB subraya que es importante considerar el establecimiento del controlador y del transformador por separado a la hora de determinar si cada parte está por sí misma "establecida en la Unión".

La primera cuestión es si el propio responsable del tratamiento tiene un establecimiento en la Unión y si el tratamiento se realiza en el contexto de las

actividades de dicho establecimiento. Suponiendo que no se considere que el responsable del tratamiento está realizando un tratamiento en el contexto de su propio establecimiento en la Unión, dicho responsable del tratamiento no estará sujeto a las obligaciones de los responsables del tratamiento en virtud del apartado 1 del artículo 3 (aunque todavía puede estar incluido en el ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 3). A menos que estén en juego otros factores, el establecimiento de la UE del transformador no se considerará un establecimiento por lo que se refiere al responsable del tratamiento.

Se plantea entonces la cuestión de si el transformador realiza un tratamiento en el marco de su establecimiento en la Unión. Si es así, el procesador estará sujeto a las obligaciones del procesador GDPR de conformidad con el artículo 3(1). Sin embargo, esto no hace que el controlador no perteneciente a la UE esté sujeto a las obligaciones del controlador GDPR. Es decir, un controlador "no perteneciente a la UE" (como se ha descrito anteriormente) no estará sujeto al GDPR simplemente porque opte por utilizar un procesador en la Unión.

Al encargar a un transformador de la Unión, el responsable del tratamiento no sujeto a GDPR no realiza el tratamiento "en el marco de las actividades del transformador en la Unión". El tratamiento se lleva a cabo en el contexto de las actividades propias del responsable del tratamiento; el encargado del tratamiento se limita a prestar un servicio de tratamiento¹⁸ que no está "inextricablemente vinculado" a las actividades del responsable del tratamiento. Como se ha indicado anteriormente, en el caso de un encargado del tratamiento establecido en la Unión y que lleve a cabo el tratamiento en nombre de un responsable del tratamiento establecido fuera de la Unión y no sujeto al RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 2, el EDPB considera que las actividades de tratamiento del responsable del tratamiento no se considerarán incluidas en el ámbito de aplicación territorial del RGPD por el mero hecho de que sea tratado en su nombre por un encargado del tratamiento establecido en la Unión. Sin embargo, aunque el responsable del tratamiento no esté establecido en la Unión y no esté sujeto a las disposiciones del RGP con arreglo al artículo 3, apartado 2, el encargado del tratamiento, tal como está establecido en la Unión, estará sujeto a las disposiciones pertinentes del RGP con arreglo al artículo 3, apartado 1.

Ejemplo 7: Una empresa minorista mexicana celebra un contrato con un transformador establecido en España para el tratamiento de datos personales relativos a los clientes de la empresa mexicana. La empresa mexicana ofrece y dirige sus servicios exclusivamente al mercado mexicano y su procesamiento concierne exclusivamente a los sujetos de datos ubicados fuera de la Unión.

En este caso, la empresa mexicana de venta al por menor no se dirige a las personas en el territorio de la Unión a través de la oferta de bienes o servicios, ni controla el comportamiento de las personas en el territorio de la Unión. Por lo tanto, el tratamiento efectuado por el responsable del tratamiento, establecido fuera de la Unión, no está sujeto al RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 2. Las disposiciones del RGPD no se aplican al controlador de datos en virtud del artículo 3 (1), ya que no está procesando datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión.

El procesador de datos está establecido en España y, por lo tanto, su procesamiento estará dentro del alcance del RGPD en virtud del artículo 3 (1). El procesador deberá cumplir con las obligaciones de procesador impuestas por la regulación para cualquier procesamiento llevado a cabo en el contexto de sus actividades.

Cuando se trate de un encargado del tratamiento establecido en la Unión que lleve a cabo un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento que no tenga ningún establecimiento en la Unión a los efectos de la actividad de tratamiento y que no entre en el ámbito de aplicación territorial del RGP con arreglo al artículo 3, apartado 2, el encargado del tratamiento estará sujeto a las siguientes disposiciones pertinentes del RGP directamente aplicables a los encargados del tratamiento:

- Las obligaciones impuestas a los encargados del tratamiento en virtud de los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 28, sobre la obligación de celebrar un acuerdo de tratamiento de datos, con excepción de las relativas a la asistencia al responsable del tratamiento en el cumplimiento de sus propias obligaciones (del responsable del tratamiento) en virtud del RGP.
- El encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento y que tenga acceso a datos personales, no tratará dichos datos salvo por instrucciones del responsable del tratamiento, a menos que así lo exija la legislación de la Unión o de los Estados miembros, con arreglo al artículo 29 y al apartado 4 del artículo 32.
- En su caso, el transformador llevará un registro de todas las categorías de tratamiento efectuadas por cuenta de un responsable del tratamiento, de conformidad con el apartado 2 del artículo 30.
- En su caso, el encargado del tratamiento cooperará, previa solicitud, con las autoridades de supervisión en el desempeño de sus funciones, de conformidad con el artículo 31.
- El transformador aplicará medidas técnicas y organizativas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, de conformidad con el artículo 32.
- 1. El encargado del tratamiento notificará al responsable del tratamiento sin demora injustificada cualquier violación de los datos personales de que tenga conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.
- En su caso, el encargado del tratamiento designará a un responsable de la protección de datos con arreglo a los artículos 37 y 38.
- Las disposiciones relativas a la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, de conformidad con el capítulo V.

Además, dado que dicho tratamiento se llevaría a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento de un transformador en la Unión, la EDPB recuerda que el transformador tendrá que garantizar que su tratamiento sigue siendo legal con respecto a otras obligaciones en virtud de la legislación de la UE o nacional. El artículo 28, apartado 3, también especifica que *"el encargado del tratamiento informará inmediatamente al responsable del tratamiento si, en su*

opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros. ”

En consonancia con las posiciones adoptadas anteriormente por el Grupo de Trabajo del artículo 29, el EDPB considera que el territorio de la Unión no puede utilizarse como "paraíso de los datos", por ejemplo cuando una actividad de tratamiento entraña cuestiones éticas inadmisibles¹⁹, y que, en cualquier caso, cualquier responsable del tratamiento de datos establecido en la Unión deberá respetar determinadas obligaciones jurídicas que van más allá de la aplicación de la legislación de la UE en materia de protección de datos, en particular las normas europeas y nacionales en materia de orden público, independientemente del lugar en que se encuentre el responsable del tratamiento de datos. Esta consideración también tiene en cuenta el hecho de que, al aplicar la legislación de la UE, las disposiciones derivadas del Reglamento sobre el producto interior bruto y las leyes nacionales conexas están sujetas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²⁰. Sin embargo, esto no impone obligaciones adicionales a los controladores de fuera de la Unión en lo que se refiere a los tratamientos que no entran en el ámbito de aplicación territorial del GDPR.

2 APLICACIÓN DEL CRITERIO DE SELECCIÓN - APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 3

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

En este contexto, el EDPB confirma que, a falta de establecimiento en la Unión, un controlador o transformador no puede beneficiarse del mecanismo de ventanilla única previsto en el artículo 56 del RGPD. De hecho, el mecanismo de cooperación y coherencia del GDPR sólo se aplica a los controladores y procesadores con un establecimiento o establecimientos en la Unión Europea²¹.

Si bien las presentes directrices tienen por objeto aclarar el ámbito territorial del PBI, la EDPB también desea subrayar que los controladores y los transformadores también tendrán que tener en cuenta otros textos aplicables, como, por ejemplo, la legislación sectorial de la UE o de los Estados miembros y las legislaciones nacionales. Varias disposiciones del Reglamento sobre el producto interior bruto permiten a los Estados miembros introducir condiciones adicionales y definir un marco específico de protección de datos a nivel nacional en determinados ámbitos o en relación con situaciones de tratamiento específicas.

Por lo tanto, los controladores y los transformadores deben asegurarse de que conocen y cumplen estas condiciones y marcos adicionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro. Estas variaciones de las disposiciones sobre protección de datos aplicables en cada Estado miembro son particularmente notables en relación con lo dispuesto en el artículo 8 (que establece que la edad a la que los niños pueden dar su consentimiento válido en relación con el tratamiento de sus datos por los servicios de la sociedad de la información puede variar entre los 13 y los 16 años), en el artículo 9 (en relación con el tratamiento de categorías especiales de datos), en el artículo 23 (restricciones) o en relación con las disposiciones contenidas en el capítulo IX del RD-PIB (libertad de expresión e información); acceso público a documentos oficiales; número de identificación nacional; contexto laboral; tratamiento con fines de archivo de interés público, de investigación científica o histórica o con fines estadísticos; secreto; iglesias y asociaciones religiosas).

El artículo 3, apartado 2, del Reglamento GDPR establece que *"el presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de los interesados que se encuentren en la Unión por un responsable del tratamiento o un encargado del tratamiento no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con el mismo: a) la oferta de bienes o servicios, con independencia de que se exija o no un pago al interesado, a dichos interesados en la Unión, o b) la supervisión de su comportamiento en la medida en que éste tenga lugar dentro de la Unión"*.

La aplicación del "criterio de selección" a los interesados que se encuentran en la Unión, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, puede desencadenarse por actividades de tratamiento realizadas por un responsable del tratamiento o por un encargado del tratamiento no establecido en la Unión que se refieran a dos tipos distintos y alternativos de actividades, siempre que dichas actividades de tratamiento se refieran a los interesados que se encuentren en la Unión... Además de ser aplicable únicamente a los tratamientos efectuados por un responsable del tratamiento o un transformador no establecido en la Unión, el criterio de selección se centra en gran medida en lo que las "actividades de tratamiento" están "relacionadas", lo que debe considerarse caso por caso.

El EDPB subraya que un controlador o transformador puede estar sujeto al GDPR en relación con algunas de sus actividades de transformación, pero no al GDPR en relación con otras actividades de transformación. El elemento determinante para la aplicación territorial del RPI con arreglo al artículo 3, apartado 2, es la consideración de las actividades de transformación en cuestión.

Al evaluar las condiciones de aplicación del criterio de selección, el EDPB recomienda, por tanto, un doble enfoque para determinar, en primer lugar, que el tratamiento se refiere a los datos personales de los interesados que se encuentran 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) Los interesados en la Unión

La redacción del artículo 3, apartado 2, se refiere a *"los datos personales de los interesados que se encuentren en la Unión"*. Por lo tanto, la aplicación del criterio

de selección no está limitada por la ciudadanía, la residencia u otro tipo de estatuto jurídico del interesado cuyos datos personales se están tratando. El considerando 14 confirma esta interpretación y afirma que *"la protección que ofrece el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales"*.

Esta disposición del GDPR refleja el Derecho primario de la UE, que también establece un amplio margen para la protección de los datos personales, no limitado a los ciudadanos de la UE, y 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 es para "todos"²².

Si bien la ubicación del interesado en el territorio de la Unión es un factor determinante para la aplicación del criterio de selección con arreglo al artículo 3, apartado 2, el EDPB considera que la nacionalidad o el estatuto jurídico de un interesado que se encuentre en la Unión no puede limitar o restringir el ámbito territorial del Reglamento.

El requisito de que el interesado esté establecido en la Unión debe evaluarse en el momento en que tiene lugar la actividad desencadenante pertinente, es decir, en el momento de la oferta de bienes o servicios o en el momento en que se supervisa el comportamiento, independientemente de la duración de la oferta realizada o del seguimiento realizado.

No obstante, el EDPB considera que, en relación con las actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de servicios, la prestación se dirige a actividades que, de forma intencionada, y no involuntaria o accidental, se dirigen a personas en la UE. Por consiguiente, si el tratamiento se refiere a un servicio que sólo se ofrece a particulares fuera de la UE, pero que no se retira cuando dichos particulares entran en la UE, el tratamiento correspondiente no estará sujeto al RGPD. En este caso, el tratamiento no está relacionado con la selección intencionada de individuos en la UE, sino con la selección de individuos fuera de la UE, que continuarán tanto si permanecen fuera de la UE como si visitan la Unión.

Ejemplo 8: Una empresa australiana ofrece un servicio móvil de noticias y contenido de vídeo, basado en las preferencias e intereses de los usuarios. Los usuarios pueden recibir actualizaciones diarias o semanales. El servicio se ofrece exclusivamente a usuarios ubicados en Australia, que deben proporcionar un número de teléfono australiano al suscribirse.

Un suscriptor australiano del servicio viaja a Alemania en vacaciones y continúa utilizando el servicio.

Aunque el suscriptor australiano utilizará el servicio mientras se encuentre en la UE, el servicio no está "dirigido" a personas en la Unión, sino solo a personas en Australia, por lo que el procesamiento de datos personales por parte de la empresa australiana no está dentro del alcance de la GDPR.

Ejemplo 9: Una empresa de nueva creación establecida en los EE.UU., sin ninguna presencia o establecimiento comercial en la UE, proporciona una aplicación de cartografía urbana para los turistas. La aplicación procesa los datos personales relativos a la ubicación de los clientes que utilizan la aplicación (los sujetos de los datos) una vez que empiezan a utilizar la aplicación en la ciudad que visitan, con el fin de ofrecer publicidad dirigida a lugares de visita, restaurantes, bares y hoteles. La aplicación está disponible para los turistas que visitan Nueva York, San Francisco, Toronto, París y Roma.

La empresa estadounidense de nueva creación, a través de su aplicación de cartografía urbana, se dirige específicamente a las personas de la Unión (concretamente en París y Roma) ofreciéndoles sus servicios cuando se encuentran en la Unión. El tratamiento de los datos personales de los interesados situados en la UE en relación con la oferta del servicio entra en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre el producto interior bruto, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a). Además, al tratar los datos de localización del interesado con el fin de ofrecer una publicidad específica en función de su localización, las actividades de tratamiento se refieren también al control del comportamiento de las personas en la Unión. Por lo tanto, el tratamiento de la puesta en marcha en los EE.UU. también entra en el ámbito de aplicación del RGPD con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 3.

El EDPB también desea subrayar que el hecho de tratar los datos personales de una persona en la Unión por sí solo no es suficiente para desencadenar la aplicación del GDPR a las actividades de tratamiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento no establecido en la Unión. El elemento de "apuntar" a los individuos en la UE, ya sea ofreciéndoles bienes o servicios o controlando su comportamiento (como se explica más adelante), debe estar siempre presente además. -

Ejemplo 10: Un ciudadano estadounidense viaja por Europa durante sus vacaciones. Mientras está en Europa, descarga y utiliza una aplicación de noticias que ofrece una empresa estadounidense. La aplicación está dirigida exclusivamente al mercado de los EE.UU., lo que se evidencia por las condiciones de uso de la aplicación y la indicación del dólar estadounidense como la única moneda disponible para el pago. La recopilación de datos personales del turista estadounidense a través de la aplicación por parte de la empresa estadounidense no está sujeta al GDPR.

Por otra parte, cabe señalar que el tratamiento de datos personales de ciudadanos o residentes de la UE que tiene lugar en un tercer país no da lugar a la aplicación del RGPD, siempre que el tratamiento no esté relacionado con una oferta específica dirigida a particulares 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 opera únicamente en Taiwán; sus actividades no están dirigidas al mercado de la UE. El tratamiento por parte del banco de los datos personales de sus clientes alemanes no está sujeto al GDPR.

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

b) Oferta de bienes o servicios a los interesados en la Unión, con independencia de que se exija o no un pago al interesado.

La primera actividad que da lugar a la aplicación del apartado 2 del artículo 3 es la "oferta de bienes o servicios", un concepto que ha sido abordado por la legislación y la jurisprudencia de la UE y que debería tenerse en cuenta al aplicar el criterio de selección. La oferta de servicios incluye también la oferta de servicios de la sociedad de la información, definida en la letra b) del apartado 1 del artículo 1 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 relativo a la oferta de bienes o servicios se aplica con independencia de que se exija o no un pago por parte del interesado. El hecho de que la actividad de un responsable del tratamiento o de un transformador no establecido en la Unión deba considerarse como una oferta de un bien o de un servicio no depende, por tanto, de que el pago se efectúe a cambio de los bienes o servicios suministrados²⁴.

Ejemplo 13: Una empresa estadounidense, sin ningún establecimiento en la UE, procesa los datos personales de sus empleados que se encontraban en un viaje de negocios temporal a Francia, Bélgica y los Países Bajos con fines de recursos humanos, en particular para proceder al reembolso de sus gastos de alojamiento y el pago de su asignación diaria, que varían según el país en el que se encuentren.

En esta situación, aunque la actividad de procesamiento está específicamente relacionada con personas en el territorio de la Unión (es decir, empleados que se encuentran temporalmente en Francia, Bélgica y los Países Bajos) no se relaciona con una oferta de servicio a esas personas, sino que es parte del procesamiento necesario para que el empleador cumpla con su obligación contractual y deberes de recursos humanos relacionados con el empleo del individuo. La actividad de procesamiento no se relaciona con una oferta de servicio y, por lo tanto, no está sujeta a la disposición del RGPD según el Artículo 3 (2) a.

Otro elemento clave que debe evaluarse para determinar si puede cumplirse el criterio de selección del objetivo del artículo 3, apartado 2, letra a), es si la oferta de bienes o servicios se dirige a una persona de la Unión o, en otras palabras, si el comportamiento del responsable del tratamiento, que determina los medios y fines del tratamiento, demuestra su intención de ofrecer bienes o servicios a un interesado establecido en la Unión. En efecto, el considerando 23 del Reglamento GDPR aclara que *"para determinar si un responsable del tratamiento o un encargado del tratamiento ofrece bienes o servicios a los interesados que se encuentran en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable del*

tratamiento o el encargado del tratamiento tiene la intención de ofrecer servicios a los interesados en uno o varios Estados miembros de la Unión. ”

El considerando especifica además que *"mientras que la mera accesibilidad de los controladores, procesadores o intermediarios'En efecto, factores como la utilización de una lengua o de una moneda generalmente utilizada 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 se encuentren en la Unión, pueden hacer que resulte evidente que el responsable del tratamiento tiene la intención de ofrecer bienes o servicios a los interesados en la Unión."*

Los elementos enumerados en el considerando 23 se hacen eco y se ajustan a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas basada en el Reglamento (CE) nº 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). En el asunto *Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co y Hotel Alpenhof contra Heller* (asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09), se pidió al Tribunal de Justicia que aclarara qué significa "actividad directa" en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento 44/2001 (*Bruselas I*). El TJUE sostuvo que, para determinar si puede considerarse que un comerciante "dirige" su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), de Bruselas I, el comerciante debe haber manifestado su intención de establecer relaciones comerciales con dichos consumidores. En este contexto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que existían pruebas que demostraban que el comerciante tenía la intención de hacer negocios con consumidores domiciliados en un Estado miembro.

Aunque el concepto de "dirigir una actividad" difiere del de "oferta de bienes o servicios", la EDPB considera que esta jurisprudencia en el asunto *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co y Hotel Alpenhof/Heller* (asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09)²⁶ podría ser de ayuda a la hora de considerar si se ofrecen bienes o servicios a un interesado en la Unión. Al tener en cuenta los hechos específicos del caso, podrían por lo tanto tenerse en cuenta, *entre otros*, los siguientes factores, posiblemente en combinación entre sí:

- La UE o al menos un Estado miembro se designa por su nombre en relación con el bien o servicio ofrecido;
- El responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento paga a un operador de motores de búsqueda por un servicio de referenciación en Internet con el fin de facilitar el acceso a su sitio por parte de los consumidores de la Unión; o bien el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento ha puesto en marcha campañas de comercialización y publicidad dirigidas al público de un país de la UE.
- El carácter internacional de la actividad de que se trata, como determinadas actividades turísticas;
- La mención de direcciones o números de teléfono específicos a los que se puede acceder desde un país de la UE;

- La utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto del del tercer país en el que esté establecido el controlador o procesador, por ejemplo ".de", o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutrales, como ".eu";
- Descripción de las instrucciones de viaje desde uno o más Estados miembros de la UE hasta el lugar donde se presta el servicio;
- La mención de una clientela internacional compuesta por clientes domiciliados en varios Estados miembros de la UE, en particular mediante la presentación de cuentas elaboradas por dichos clientes;
- El uso de un idioma o moneda que no sea el que se utiliza generalmente en el país del comerciante, especialmente una lengua o moneda de uno o más Estados miembros de la UE;
- El responsable del tratamiento ofrece la entrega de bienes en los Estados miembros de la UE.

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

No obstante, es importante recordar que el considerando 23 confirma que la mera accesibilidad del sitio web del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento o de un intermediario en la Unión, la mención en el sitio web de su dirección de correo electrónico o de su dirección geográfica, o de su número de teléfono sin código internacional, no constituye, por sí sola, una prueba suficiente que demuestre la intención del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento de ofrecer bienes o servicios a un interesado establecido en la Unión. En este contexto, el EDPB recuerda que cuando se suministran bienes o servicios de forma involuntaria o accidental a una persona en el territorio de la Unión, el tratamiento correspondiente de datos personales no entraría en el ámbito territorial del GDPR.

Ejemplo 14: Un sitio web, basado y gestionado en Turquía, ofrece servicios para la creación, edición, impresión y envío de álbumes de fotos de familia personalizados. El sitio web está disponible en inglés, francés, holandés y alemán y los pagos se pueden realizar en euros. El sitio web indica que los álbumes de fotos sólo pueden entregarse por correo postal en Francia, los países del Benelux y Alemania.

En este caso, está claro que la creación, edición e impresión de álbumes de fotos de familia personalizados constituye un servicio en el sentido de la legislación de la UE. El hecho de que el sitio web esté disponible en cuatro lenguas de la UE y de que los álbumes de fotos puedan enviarse por correo en seis Estados miembros de la UE demuestra que existe una intención por parte del sitio web turco de ofrecer sus servicios a particulares de la Unión.

Como consecuencia, está claro que el procesamiento llevado a cabo por el sitio web turco, como controlador de datos, se relaciona con la oferta de un servicio a los interesados en la Unión y, por lo tanto, está sujeto a las obligaciones y disposiciones del GDPR, según su Artículo 3 (2) (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 procesa los datos personales de sus empleados a los efectos del pago del salario. Un gran número de empleados de la compañía son residentes franceses e italianos.

En este caso, si bien el procesamiento realizado por la empresa se relaciona con los interesados en Francia e Italia, no se lleva a cabo en el contexto de una oferta de bienes o servicios. De hecho, la gestión de recursos humanos, incluido el pago de salarios por parte de una empresa de un tercer país, no puede considerarse una oferta de servicio en el sentido del artículo 3 (2) a. El procesamiento en juego no se relaciona con la oferta de bienes o servicios a los interesados en la Unión (ni al monitoreo del comportamiento) y, en consecuencia, no está sujeto a las disposiciones del RGPD, según el Artículo 3.

Esta evaluación se entiende sin perjuicio de la legislación aplicable del tercer país en cuestión.

Ejemplo 16: Una universidad suiza en Zurich está lanzando su proceso de selección de maestría, poniendo a disposición una plataforma en línea donde los candidatos pueden cargar su CV y carta de presentación, junto con sus datos de contacto. El proceso de selección está abierto a cualquier estudiante con un nivel suficiente de alemán e inglés y con una licenciatura. La Universidad no anuncia específicamente a estudiantes en universidades de la UE, y solo acepta pagos en moneda suiza.

Como no hay distinción o especificación para los estudiantes de la Unión en el proceso de solicitud y selección para este Máster, no se puede establecer que la Universidad Suiza tenga la intención de dirigirse a estudiantes de un determinado estado miembro de la UE. El nivel suficiente de alemán e inglés es un requisito general que se aplica a cualquier solicitante, ya sea un residente suizo, una persona en la Unión o un estudiante de un tercer país. Sin otros factores que indiquen la orientación específica de los estudiantes en los estados miembros de la UE, por lo tanto, no se puede establecer que el procesamiento en cuestión se relacione con la oferta de un servicio educativo al interesado en la Unión, y por lo tanto dicho procesamiento no estará sujeto a la Disposiciones de GDPR.

La Universidad Suiza también ofrece cursos de verano en relaciones internacionales y anuncia específicamente esta oferta en universidades alemanas y austriacas para maximizar la asistencia a los cursos. En este caso, existe una clara intención de la Universidad Suiza de ofrecer dicho servicio a los interesados que se encuentran en la Unión, y el GDPR se aplicará a las actividades de procesamiento relacionadas.

c) Seguimiento del comportamiento de los interesados

El segundo tipo de actividad que da lugar a la aplicación del artículo 3, apartado 2, es el seguimiento del comportamiento del interesado en la medida en que su comportamiento tenga lugar dentro de la Unión.

El considerando 24 aclara que *"el tratamiento de datos personales de los interesados que se encuentren en la Unión por un responsable del tratamiento o un encargado del tratamiento no establecido en la Unión también debe estar sujeto al presente Reglamento cuando esté relacionado con el control del comportamiento de dichos interesados en la medida en que su comportamiento tenga lugar dentro de la Unión"*.

Para que el artículo 3, apartado 2, letra b), desencadene la aplicación del RGPD, el comportamiento supervisado debe referirse en primer lugar a un interesado de la Unión y, como criterio acumulativo, el comportamiento supervisado debe tener lugar en el territorio de la Unión.

La naturaleza de la actividad de tratamiento que puede considerarse un seguimiento del comportamiento se especifica con más detalle en el considerando 24, en el que se afirma que *"para determinar si puede considerarse que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe determinarse si se sigue la pista de las personas físicas en Internet, incluido el posible uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en perfilar a una persona física, en particular para tomar decisiones que le afecten o para analizar o predecir sus preferencias, comportamientos y actitudes personales"*. Si bien el considerando 24 se refiere exclusivamente al seguimiento de un comportamiento mediante el seguimiento de una persona en Internet, el EDPB considera que el seguimiento a través de otros tipos de redes o tecnologías que impliquen el tratamiento de datos personales también debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si una actividad de tratamiento equivale a un seguimiento del comportamiento, por ejemplo, a través de dispositivos portátiles y otros dispositivos inteligentes.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, letra a), ni el artículo 3, apartado 2, letra

b), ni el considerando 24 introducen expresamente el grado necesario de "intención de centrarse" por parte del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento para determinar si la actividad de seguimiento desencadenaría la aplicación del RGP a las actividades de tratamiento. Sin embargo, el uso de la palabra "seguimiento" implica que el responsable del tratamiento tiene un propósito específico para la recogida y posterior reutilización de los datos pertinentes sobre el comportamiento de una persona en la UE. La EDPB no considera que cualquier recogida o análisis en línea de datos personales de personas en la UE se considere automáticamente como "seguimiento". Será necesario tener en cuenta la finalidad del responsable del tratamiento para el tratamiento de los datos y, en particular, las técnicas posteriores de análisis del comportamiento o de elaboración de perfiles que afecten a dichos datos. El EDPB tiene en cuenta la redacción del considerando 24, que indica que, para determinar si el tratamiento implica la supervisión del comportamiento de un interesado, la localización de las personas físicas en Internet, incluido el posible uso posterior de técnicas de elaboración de perfiles, es una consideración clave.

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

- Publicidad conductual
- Actividades de geolocalización, en particular con fines de comercialización
- Seguimiento en línea mediante el uso de cookies u otras técnicas de seguimiento, como la toma de huellas dactilares.
- Servicios personalizados de análisis de la dieta y la salud en línea
- TELEVIGILANCIA
- Estudios de mercado y otros estudios de comportamiento basados en perfiles individuales
- Monitoreo o informes regulares sobre el estado de salud de un individuo

Ejemplo 17: Una empresa de consultoría de venta al por menor establecida en los EE.UU. ofrece asesoramiento sobre el diseño de la venta al por menor a un centro comercial en Francia, sobre la base de un análisis de los movimientos de los clientes en todo el centro recogido a través de un sistema de seguimiento Wi-Fi.

El análisis de los movimientos de los clientes dentro del centro a través del seguimiento WiFi equivaldrá al seguimiento del comportamiento de las personas. En este caso, el comportamiento de los interesados tiene lugar en la Unión, ya que el centro comercial está situado en Francia. Por lo tanto, la empresa consultora, como responsable del tratamiento de los datos, está sujeta a las disposiciones de la letra b) del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento sobre el tratamiento de estos datos con este fin.

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

Ejemplo 18: Un desarrollador de aplicaciones establecido en Canadá sin ningún establecimiento en la Unión supervisa el comportamiento del interesado en la Unión y, por lo tanto, está sujeto al RGPD, de conformidad con la letra b) del apartado 2 del artículo 3. El desarrollador utiliza un procesador establecido en los EE. UU. Para fines de optimización y mantenimiento de la aplicación.

En relación con este tratamiento, el controlador canadiense tiene el deber de utilizar únicamente los procesadores adecuados y de garantizar que sus obligaciones en virtud del GDPR se reflejen en el contrato o acto jurídico que rige la relación con su procesador en los EE.UU., de conformidad con el artículo 28.

d) Transformador no establecido en la Unión

Las actividades de tratamiento que están "relacionadas" con la actividad de selección que dio lugar a la aplicación del artículo 3, apartado 2, entran dentro del ámbito territorial del RGPD. El EDPB considera que es necesario que exista una conexión entre la actividad de transformación y la oferta de un bien o servicio, pero tanto el tratamiento por parte de un responsable del tratamiento como por parte de un transformador son pertinentes y deben tenerse en cuenta.

Cuando se trata de un encargado del tratamiento de datos no establecido en la Unión, para determinar si su tratamiento puede estar sujeto al RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 2, es necesario examinar si las actividades de tratamiento del encargado del tratamiento "están relacionadas" con las actividades de selección del responsable del tratamiento.

El EDPB considera que, cuando las actividades de tratamiento de un responsable del tratamiento se refieran a la oferta de bienes o servicios o al control del comportamiento de las personas en la Unión ("targeting"), cualquier transformador encargado de llevar a cabo dicha actividad de tratamiento en nombre del responsable del tratamiento entrará en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre el producto interior bruto (RGPD) en virtud del artículo 3, apartado 2, en relación con dicho tratamiento.

El carácter de "orientación" de una actividad de procesamiento está vinculado a sus propósitos y medios; La decisión de dirigirse a individuos en la Unión solo puede ser tomada por una entidad que actúe como controlador. Dicha interpretación no descarta la posibilidad de que el procesador pueda participar activamente en las actividades de procesamiento relacionadas con la realización de los criterios de focalización (es decir, el procesador ofrece bienes o servicios o lleva a cabo acciones de supervisión en nombre del controlador y siguiendo instrucciones del controlador).

Por lo tanto, el EDPB considera que el enfoque debe estar en la conexión entre las actividades de procesamiento llevadas a cabo por el procesador y la actividad de focalización realizada por un controlador de datos.

Example 19: Una empresa brasileña vende ingredientes alimenticios y recetas locales en línea, haciendo que esta oferta de productos esté disponible para las personas en la Unión, mediante la publicidad de estos productos y la entrega en Francia, España y Portugal. En este contexto, la compañía instruye a un procesador de datos también establecido en Brasil para desarrollar ofertas especiales a clientes en Francia, España y Portugal sobre la base de sus pedidos anteriores y para llevar a cabo el procesamiento de datos relacionado.

Las actividades de procesamiento por parte del procesador, bajo la instrucción del controlador de datos, están relacionadas con la oferta de bienes al interesado en la Unión. Además, al desarrollar estas ofertas personalizadas, el procesador de datos monitorea directamente a los interesados en la UE. Por lo tanto, el procesamiento por parte del procesador está sujeto al RGPD, según el Artículo 3 (2).

Ejemplo 20: Una empresa estadounidense ha desarrollado una aplicación de salud y estilo de vida que permite a los usuarios registrar con la empresa estadounidense sus indicadores personales (tiempo de sueño, peso, presión arterial, latidos cardíacos, etc....). A continuación, la aplicación ofrece a los usuarios consejos diarios sobre alimentación y deporte. El tratamiento es llevado a cabo por el controlador de datos de EE.UU. La aplicación se pone a disposición de los ciudadanos de la Unión y es utilizada por ellos. Para el almacenamiento de datos, la empresa estadounidense utiliza un procesador establecido en los EE.UU. (proveedor de servicios de nube).

En la medida en que la empresa estadounidense esté supervisando el comportamiento de las personas en la UE, al utilizar la aplicación para la salud y el estilo de vida se dirigirá a las personas en la UE y su tratamiento de los datos personales de las personas en la UE entrará en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre el producto interior bruto con arreglo al artículo 3, apartado 2.

Ejemplo 21: Una compañía turca ofrece viajes de paquetes culturales en el Medio Oriente con guías turísticos que hablan inglés, francés y español. Los viajes combinados se anuncian y ofrecen notablemente a través de un sitio web disponible en los tres idiomas, lo que permite la reserva en línea y el pago en euros y libras esterlinas. Para fines de comercialización y prospección comercial, la compañía instruye a un procesador de datos, un centro de llamadas, establecido en Túnez para contactar a antiguos clientes en Irlanda, Francia, Bélgica y España para obtener comentarios sobre sus viajes anteriores e informarles sobre nuevas ofertas y destinos. El controlador está "apuntando" al ofrecer sus servicios a individuos en la UE y su procesamiento estará dentro del alcance del Art. 3 (2).

Las actividades de procesamiento del procesador tunecino, que promueve los servicios de los controladores hacia las personas en la UE, también está relacionado con la oferta de servicios por parte del controlador y, por lo tanto, cae dentro del alcance del artículo 3 (2). Además, en este caso específico, el procesador tunecino participa activamente en las actividades de procesamiento relacionadas con el cumplimiento de los criterios de focalización, ofreciendo servicios en nombre del controlador turco y siguiendo instrucciones del controlador turco.

El carácter "selectivo" de una actividad de tratamiento está vinculado a sus objetivos y medios; la decisión de centrarse en los individuos de la Unión sólo puede ser tomada por una entidad que actúe como responsable del tratamiento. Esta interpretación no excluye la posibilidad de que el encargado del tratamiento participe activamente en las actividades de tratamiento relacionadas con el cumplimiento de los criterios de selección (es decir, que el encargado del tratamiento ofrezca bienes o servicios o lleve a cabo acciones de seguimiento en nombre del responsable del tratamiento y siguiendo sus instrucciones).

Por lo tanto, el EDPB considera que la atención debe centrarse en la conexión entre las actividades de tratamiento llevadas a cabo por el encargado del tratamiento y la actividad de selección llevada a cabo por un responsable del tratamiento de datos.

e) Interacción con otras disposiciones de GDPR y otras legislaciones

El EDPB también evaluará más a fondo la interacción entre la aplicación del ámbito de aplicación territorial del GDPR según el artículo 3 y las disposiciones sobre transferencias internacionales de datos según el capítulo V. En caso necesario, podrán publicarse orientaciones adicionales a este respecto.

Los controladores o encargados del tratamiento que no estén establecidos en la UE deberán cumplir la legislación nacional de su país tercero en relación con el tratamiento de datos personales. No obstante, cuando dicho tratamiento se refiera a la selección de personas en la Unión con arreglo al apartado 2 del artículo 3, el responsable del tratamiento, además de estar sujeto a la legislación nacional de su país, estará obligado a cumplir el RGPD. Este sería el caso independientemente de si el tratamiento se lleva a cabo de conformidad con una obligación legal en el tercer país o simplemente por elección del responsable del tratamiento.

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

El artículo 3, apartado 3, establece que *"el presente Reglamento se aplicará al tratamiento de datos personales por un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, pero en un lugar en el que se aplique el Derecho de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional público"*. Esta disposición se amplía en el considerando 25, que establece que *"cuando el Derecho de un Estado miembro se aplique en virtud del Derecho internacional público, el presente Reglamento se*

aplicará también a un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, como en la misión diplomática u oficina consular de carrera de un Estado miembro. ”

Por lo tanto, el EDPB considera que el GDPR se aplica al tratamiento de datos personales realizado por las embajadas y consulados de los Estados miembros de la UE situados fuera de la UE, ya que dicho tratamiento entra dentro del ámbito del GDPR en virtud del artículo 3, apartado 3.. La oficina diplomática u oficina consular de un Estado miembro, como responsable del tratamiento o encargado del tratamiento, estaría entonces sujeta a todas las disposiciones pertinentes del RGPI, incluidas las relativas a los derechos del interesado, las obligaciones generales relacionadas con el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento y las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales.

Ejemplo 22: El consulado holandés en Kingston, Jamaica, abre un proceso de solicitud en línea para la contratación de personal local con el fin de apoyar su administración.

Aunque el consulado neerlandés en Kingston, Jamaica, no está establecido en la Unión, el hecho de que sea una oficina consular de un país de la UE en el que se aplica la legislación de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional público hace que el GDPR sea aplicable a su tratamiento de datos personales, según el artículo 3, apartado 3.

Ejemplo 23: Un crucero alemán que viaja por aguas internacionales procesa los datos de los huéspedes a bordo con el fin de adaptar la oferta de entretenimiento en crucero.

Mientras el buque esté situado fuera de la Unión, en aguas internacionales, el hecho de que sea un buque de crucero registrado en Alemania significa que, en virtud del Derecho

internacional público, el GDPR será aplicable a su tratamiento de datos personales, de conformidad con el artículo 3, apartado 3.

Aunque no está relacionado con la aplicación del apartado 3 del artículo 3, una situación diferente es aquella en la que, en virtud del Derecho internacional, determinadas entidades, organismos u organizaciones establecidos en la Unión gozan de privilegios e inmunidades como los establecidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961²⁷, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 o en los acuerdos relativos a la sede celebrados entre organizaciones internacionales y sus países anfitriones en la Unión. A este respecto, el EDPB recuerda que la aplicación del GDPR se entiende sin perjuicio de las disposiciones del Derecho internacional, como las que rigen los privilegios e inmunidades de las misiones diplomáticas y oficinas consulares no pertenecientes a la UE, así como de las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo, es importante recordar que todo responsable o encargado del tratamiento que entre en el ámbito de aplicación del RGP para una actividad de tratamiento determinada y que intercambie datos personales con dichas entidades, organismos y organizaciones debe cumplir el RGP, incluidas, en su caso, sus normas sobre transferencias a terceros países u organizaciones internacionales.

4 REPRESENTANTE DE LOS CONTROLADORES O PROCESADORES NO ESTABLECIDOS EN LA UNIÓN.

Los responsables del tratamiento o los encargados del tratamiento sujetos al RGPD con arreglo al artículo 3, apartado 2, tienen la obligación de designar a un representante en la Unión. Por lo tanto, un controlador o transformador no establecido en la Unión pero sujeto a que el GDPR no designe a un representante en la Unión infringiría el Reglamento.

Esta disposición no es totalmente nueva, ya que la Directiva 95/46/CE ya preveía una obligación similar. En virtud de la Directiva, esta disposición se refería a los responsables del tratamiento no establecidos en el territorio de la Comunidad que, a efectos del tratamiento de datos personales, hicieran uso de equipos, automatizados o no, situados en el territorio de un Estado miembro. El RGPD impone la obligación de designar un representante en la Unión para cualquier responsable del tratamiento o transformador que entre en el ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 3, a menos que cumpla los criterios de exención establecidos en el apartado 2 del artículo 27. A fin de facilitar la aplicación de esta disposición específica, el EDPB considera necesario proporcionar más orientación 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 controlador o transformador no establecido en la Unión que haya designado por escrito a un representante en la Unión, de conformidad con el artículo 27 del RGPD, no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 3, lo que significa que la presencia del representante en la Unión no constituye un "establecimiento" de un controlador o transformador en virtud del apartado 1 del artículo 3.

a) Designación de un representante

El considerando 80 aclara que "[e]l representante debe ser designado explícitamente mediante un mandato escrito del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento para que actúe en su nombre en relación con las obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento. La designación de dicho representante no afecta a la responsabilidad del responsable del tratamiento o del transformador en virtud del presente Reglamento. Dicho representante deberá desempeñar sus funciones de acuerdo con el mandato recibido del responsable del tratamiento, incluida la cooperación con las autoridades de supervisión en relación con cualquier medida adoptada para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento".

El mandato escrito a que se refiere el considerando 80 regulará, por tanto, las relaciones y obligaciones entre el representante en la Unión y el responsable del tratamiento o encargado del tratamiento establecido fuera de la Unión, sin que ello afecte a la responsabilidad del responsable del tratamiento o encargado del tratamiento. El representante en la Unión puede ser una persona física o jurídica establecida en la Unión que pueda representar a un responsable o encargado del tratamiento de datos establecido fuera de la Unión en lo que respecta a sus respectivas obligaciones en virtud del RDG.

En la práctica, la función de representante en la Unión puede ejercerse sobre la base de un contrato de servicios celebrado con una persona o una organización y, por lo tanto, puede ser asumida por una amplia gama de entidades comerciales y no comerciales, tales 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 varios controladores y procesadores no pertenecientes a la UE.

Cuando la función de representante sea asumida por una empresa o cualquier otro tipo de organización, se recomienda que se asigne a una sola persona como contacto principal y como "responsable" de cada controlador o procesador representado. En general, también sería útil especificar estos puntos en el contrato de servicios.

De conformidad con el Reglamento sobre el producto interior bruto, el EDPB confirma que, cuando varias actividades de tratamiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, del Reglamento sobre el producto interior bruto (y no se aplica ninguna de las excepciones del artículo 27, apartado 2, del Reglamento sobre el producto interior bruto), no se espera que el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento designe a varios representantes para cada una de las actividades de tratamiento separadas que entran en el ámbito de aplicación del

artículo 3, apartado 2. El EDPB no considera que la función de representante de la Unión sea compatible con la función de responsable externo de la protección de datos (RPD) que se crearía en la Unión. El artículo 38, apartado 3, establece algunas garantías básicas para ayudar a garantizar que los RPD puedan desempeñar sus funciones con un grado suficiente de autonomía dentro de su organización. En particular, los responsables del tratamiento o los encargados del tratamiento deben velar por que el RPD *"no reciba instrucciones en relación con el ejercicio de sus tareas"*. El considerando 97 añade que los RPD, *"tanto si son empleados del responsable del tratamiento como si no, deberían estar en condiciones de desempeñar sus funciones y tareas de manera independiente"*²⁸. Este requisito de un grado suficiente de autonomía e independencia del responsable de la protección de datos no parece compatible con la función de representación en la Unión. En efecto, el representante está sujeto a un mandato de un responsable del tratamiento y actuará en su nombre y, por lo tanto, bajo su dirección directa²⁹. El representante es designado por el responsable del tratamiento al que representa y, por lo tanto, actúa en su nombre en el ejercicio de sus funciones, y tal función no puede ser compatible con el desempeño independiente de las funciones y tareas del responsable de la protección de datos.

Además, y para complementar su interpretación, el EDPB recuerda la posición ya adoptada por el GT29, que subraya que *"también puede surgir un conflicto de intereses, por ejemplo, si se pide a un RPD externo que represente al responsable del tratamiento o al encargado del tratamiento ante los tribunales en los casos en que se planteen cuestiones de protección de datos"*³⁰.

Del mismo modo, dado el posible conflicto de obligaciones e intereses en los casos de procedimientos de ejecución, la EDPB no considera compatible la función de representante de un responsable del tratamiento en la Unión con la función de encargado del tratamiento para el mismo responsable del tratamiento, en particular en lo que se refiere al cumplimiento de sus respectivas responsabilidades y obligaciones.

Aunque el GDPR no impone ninguna obligación al responsable del tratamiento ni al propio representante de notificar la designación de este último a una autoridad supervisora, el EDPB recuerda que, de conformidad con el artículo 13, apartado 1, letra a), y el artículo 14, apartado 1, letra a), como parte de sus obligaciones de información, los responsables del tratamiento deberán facilitar a los interesados información sobre la identidad de su representante en la Unión. Esta información se incluirá, por ejemplo, en el [aviso de privacidad e] información previa facilitada a los interesados en el momento de la recogida de los datos. Un responsable del tratamiento no establecido en la Unión pero comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, y que no informe a los interesados que se encuentren en la Unión de la identidad de su representante incumpliría sus obligaciones de transparencia con arreglo al RGP. Además, las autoridades de supervisión deben poder acceder fácilmente a dicha información, a fin de facilitar el establecimiento de un contacto para las necesidades de cooperación.

Ejemplo 24: El sitio web mencionado en el ejemplo 12, con sede y gestionado en Turquía, ofrece servicios para la creación, edición, impresión y envío de álbumes de fotos de familia personalizados. El sitio web está disponible en inglés, francés,

holandés y alemán y los pagos pueden realizarse en euros o libras esterlinas. El sitio web indica que los álbumes de fotos sólo pueden ser enviados por correo postal en Francia, Benelux y Alemania. Dado que este sitio web está sujeto al RPI, de conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 3, el responsable del tratamiento debe designar a un representante en la Unión.

El representante deberá estar establecido en uno de los Estados miembros en los que esté disponible el servicio ofrecido, en este caso en Francia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo o Alemania. El nombre y los datos de contacto del responsable del tratamiento y de su representante en la Unión deben formar parte de la información puesta en línea a disposición de los interesados una vez que empiecen a utilizar el servicio mediante la creación de su álbum. También debe aparecer en el aviso de privacidad general del sitio web.

b) Exenciones de la obligación de designación³¹

Si bien la aplicación del apartado 2 del artículo 3 conlleva la obligación de designar un representante en la Unión para los responsables del tratamiento o los transformadores establecidos fuera de la Unión, el apartado 2 del artículo 27 prevé una excepción a la designación obligatoria de un representante en la Unión, en dos casos distintos:

- el tratamiento es "ocasional, no incluye, a gran escala, el tratamiento de categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, o el tratamiento de datos personales relativos a condenas penales y delitos contemplados en el artículo 10", y dicho tratamiento "no es probable que suponga un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, teniendo en cuenta la naturaleza, el contexto, el alcance y los fines del tratamiento".

En línea con las posiciones tomadas anteriormente por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, la EPDB considera que una actividad de procesamiento solo puede considerarse "ocasional" si no se lleva a cabo regularmente, y ocurre fuera del curso normal de negocios o actividad del controlador o procesador ³².

Además, aunque el GDPR no define lo que constituye un tratamiento a gran escala, el WP29 ha recomendado previamente en sus directrices WP243 sobre los responsables de la protección de datos (RPD) que se tengan en cuenta, en particular, los siguientes factores a la hora de determinar si el tratamiento se lleva a cabo a gran escala: el número de personas afectadas por el tratamiento, ya sea en forma de número específico o de proporción de la población pertinente; el volumen de datos y/o la gama de los diferentes elementos de datos que se procesan; la duración, o permanencia, de la actividad de tratamiento de datos; el alcance geográfico de la actividad de tratamiento³³.

Por último, el EDPB destaca que la exención de la obligación de designación prevista en el artículo 27 se refiere al tratamiento "que no pueda suponer un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas"³⁴, por lo que no limita la exención a los tratamientos que no puedan suponer un riesgo elevado para los derechos y libertades de los interesados. De conformidad 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.

- el tratamiento se lleva a cabo "por una autoridad u organismo público".

La calificación como "autoridad u organismo público" de una entidad establecida fuera de la Unión deberá ser evaluada por las autoridades supervisoras *en concreto* y caso por caso³⁵. El EDPB observa 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 ofrezca bienes o servicios al interesado en la Unión, o supervise su comportamiento dentro de la Unión, sean limitados. c) Establecimiento en uno de los Estados miembros en el que los interesados cuyos datos personales sean tratados

El artículo 27, apartado 3, prevé que "el representante deberá estar establecido en uno de los Estados miembros en el que se encuentren los interesados cuyos datos personales se traten en relación con la oferta de bienes o servicios a los mismos, o cuyo comportamiento se controle". En los casos en que una proporción significativa de los interesados cuyos datos personales sean objeto de tratamiento se encuentren en un Estado miembro determinado, el EDPB recomienda, como buena práctica, que el representante esté establecido en ese mismo Estado miembro. No obstante, el representante debe seguir siendo fácilmente accesible para los interesados en los Estados miembros en los que no esté establecido y en los que se ofrezcan los servicios o bienes o en los que se controle el comportamiento.

El EDPB confirma que el criterio para el establecimiento del representante en la Unión es la ubicación de los interesados cuyos datos personales se están tratando. El lugar de transformación, incluso por parte de un transformador establecido en otro Estado miembro, no constituye en este caso un elemento pertinente para determinar el lugar de 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 llevados a cabo por investigadores (hospitales) en Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. La mayoría de los pacientes que participan en los ensayos clínicos se encuentran en Bélgica.

La empresa farmacéutica india, como responsable del tratamiento, designará a un representante en la Unión establecido en uno de los tres Estados miembros en los que los pacientes, como sujetos de los datos, participen en el ensayo clínico (Bélgica, Luxemburgo o los Países Bajos).

se recomienda que el representante esté establecido en Bélgica. Si este fuera el caso, el representante en Bélgica debería, sin embargo, ser fácilmente accesible

para los interesados y las autoridades de supervisión en 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) nº 536/2014 sobre ensayos clínicos, siempre que no actúe como responsable 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 por cada uno de los marcos jurídicos y se ejerzan de conformidad con ellos.

c) Obligaciones y responsabilidades del representante

El representante en la Unión actúa en nombre del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento que representa en relación con las obligaciones del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento en virtud del RGP. Esto implica, en particular, las obligaciones relativas al ejercicio de los derechos de los interesados y, a este respecto y como ya se ha indicado, 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 propio responsable del cumplimiento de los derechos de los interesados, el representante debe facilitar la comunicación entre los interesados y el responsable del tratamiento o encargado del tratamiento representado, a fin de que el ejercicio de los derechos de los interesados sea efectivo.

Con arreglo al artículo 30, el responsable del tratamiento o su representante llevará un registro de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad. El EDPB considera que, si bien el mantenimiento de este registro es una obligación impuesta tanto al responsable del tratamiento como al representante, el responsable o el procesador no establecido en la Unión es responsable del contenido primario y de la actualización del registro y debe proporcionar simultáneamente a su representante toda la información precisa y actualizada, de modo que el representante también pueda conservar el registro y ponerlo a su disposición en todo momento. Al mismo tiempo, es responsabilidad del representante poder facilitarlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, por ejemplo, cuando sea abordado por una autoridad supervisora de conformidad con el artículo 27. 27(4).

Como se aclara en el considerando 80, el representante también debe desempeñar sus funciones con arreglo al mandato recibido del responsable del tratamiento o del transformador, incluida la cooperación con las autoridades de supervisión competentes en relación con cualquier medida adoptada para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento. En la práctica, esto significa que una autoridad de supervisión se pondría en contacto con el representante en relación con cualquier asunto relacionado con las obligaciones de cumplimiento de un responsable del tratamiento o encargado del tratamiento establecido fuera de la Unión, y que el representante podrá facilitar cualquier intercambio de información o de procedimiento entre una autoridad de supervisión solicitante y un responsable del tratamiento o encargado del tratamiento establecido fuera de la Unión.

Por lo tanto, con la ayuda de un equipo, si es necesario, el representante en la Unión debe estar en condiciones de comunicarse eficazmente con los interesados y de cooperar con las autoridades de control afectadas. Esto significa que, en principio, esta comunicación debe efectuarse en la lengua o lenguas utilizadas por las autoridades de control y los interesados o, en caso de que ello suponga un esfuerzo desproporcionado, que el representante debe utilizar otros medios y técnicas para garantizar la eficacia de la comunicación. La disponibilidad de un representante es, por tanto, esencial para garantizar que los interesados y las autoridades de control puedan establecer fácilmente contacto con el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento de datos ajenos a 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 del tratamiento o del encargado del tratamiento en virtud del Reglamento GDPR y se entenderá sin perjuicio de las acciones legales que puedan emprenderse contra el responsable del tratamiento o el propio responsable del tratamiento. El GDPR no establece una responsabilidad sustitutiva del representante en lugar del controlador o transformador que representa en la Unión.

No obstante, cabe señalar que el concepto de representante se introdujo precisamente con el objetivo de facilitar el enlace con los controladores o procesadores que entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, del GDPR y de garantizar su aplicación efectiva. Con este fin, se pretendía que las autoridades de supervisión pudieran iniciar procedimientos de ejecución a través del representante designado por los controladores o transformadores no establecidos en la Unión. Esto incluye la posibilidad de que las autoridades de supervisión dirijan al representante las medidas correctoras o las multas y sanciones administrativas impuestas al responsable del tratamiento o transformador no establecido en la Unión, de conformidad con el artículo 58, apartado 2, y el artículo 83 del GDPR. La posibilidad de hacer responsable directamente a un representante se limita, sin embargo, a sus obligaciones directas mencionadas en el artículo 30 y en el artículo 58, apartado 1, letra a), del RGPD.

El EDPB destaca además que el artículo 50 del GDPR tiene por objeto, en particular, facilitar la aplicación de la legislación en relación con terceros países y organizaciones internacionales, y que actualmente se está estudiando la posibilidad de desarrollar nuevos mecanismos de cooperación internacional a este respecto.

- 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 los intereses financieros de las Comunidades Europeas. a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos.
- ³ G 29 WP169 - Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de "controlador" y "procesador", adoptado el 16 de febrero de 2010 y en curso de revisión por la EDPB.
- ⁴ La definición de "establecimiento principal" es principalmente relevante a efectos de determinar la competencia de las autoridades de supervisión afectadas de conformidad con el artículo 56 del RGPD. Véanse las Directrices WP29 para la identificación de la autoridad supervisora principal de un controlador o procesador (16/EN WP 244 rev.01), aprobadas por la EDPB.
- ⁵ Considerando 22 del RdP: *"Todo tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de un responsable del tratamiento o de un encargado del tratamiento en la Unión deberá efectuarse de conformidad con el presente Reglamento, con independencia de que el propio tratamiento tenga lugar en la Unión. El establecimiento implica el ejercicio efectivo y real de la actividad a través de acuerdos estables. La forma jurídica de estos acuerdos, ya sea a través de una sucursal o de una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante a este respecto"*.
- ⁶ Véase, en particular, *Google Spain SL, Google Inc. contra AEPD, Mario Costeja González (C-131/12)*, *Weltimmo contra NAIH (C-230/14)*, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU (C-191/15)* y *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16)*.
- ⁷ Weltimmo, párrafo 31. ⁸
- Weltimmo, párrafo 29. ⁹
- Weltimmo, párrafo 31.
- ¹⁰ CJEU, *Association for Consumer Information v. Amazon EU Sarl*, asunto C-191/15, 28 de julio de 2016, apartado 76 (en lo sucesivo, "Association for Consumer Information").
- ¹¹ Véase, en particular, el apartado 29 de la sentencia Weltimmo, que hace hincapié en una definición flexible del concepto de "establecimiento" y aclara que "el grado de estabilidad del régimen y el ejercicio efectivo de las actividades en ese otro Estado miembro deben interpretarse a la luz de la naturaleza específica de las actividades económicas y de la prestación de los servicios de que se trate". ¹² Weltimmo, párrafo 25 y Google España, párrafo 53.
- ¹³ G29 WP 179 update - Actualización del Dictamen 8/2010 sobre la ley aplicable a la luz de la sentencia CJEU en Google España, 16 de diciembre de 2015
- ¹⁴ CJEU, Google España, Asunto C-131/12
- ¹⁵ G29 WP 179 update - Actualización del Dictamen 8/2010 sobre la ley aplicable a la luz de la sentencia CJEU en Google España, ¹⁶ de diciembre de 2015
- ¹⁶ Este puede ser el caso, por ejemplo, de cualquier operador extranjero con una oficina de ventas u otro tipo de presencia en la UE, incluso si dicha oficina no desempeña ninguna función en el tratamiento de datos propiamente dicho, en particular cuando el tratamiento tiene lugar en el contexto de la actividad de ventas en la UE y las actividades del establecimiento se dirigen a los habitantes de los Estados miembros en los que está situado el establecimiento (WP179 update).
- ¹⁷ De conformidad con el artículo 28, el EDPB recuerda que las actividades de tratamiento realizadas por un encargado del tratamiento en nombre de un responsable del tratamiento se regirán por un contrato u otro acto jurídico con arreglo a la legislación de la Unión o de un Estado miembro, que sea vinculante para el encargado del tratamiento en relación con el responsable del tratamiento, y que los responsables del tratamiento sólo podrán recurrir a encargados del tratamiento que ofrezcan garantías suficientes para aplicar las medidas

adecuadas de manera que el tratamiento cumpla los requisitos del Reglamento sobre protección de datos personales (RDGP) y garantice la protección de los derechos de los interesados.

- ¹⁸ La oferta de un servicio de tratamiento en este contexto tampoco puede considerarse como una oferta de servicio a los interesados en la Unión.
- ¹⁹ G29 WP169 - Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de "controlador" y "procesador", adoptado el 16 de febrero de 2010 y en revisión por la EDPB.
- ²⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2012/C 326/02.
- ²¹ G29 WP244 rev.1, 13 de diciembre de 2016, Guidelines for identifying a controller or processor's lead supervisory con el aval del EDPB.
- 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 la conciernan".
- 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 las reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.
- ²⁴ Véase, en particular, CJEU, C-352/85, Bond van Adverteerders y otros contra el Estado neerlandés, 26 de abril. 1988, par. 16), y CJEU, C-109/92, Wirth[1993] Racc. I-6447, par. 15.
- ²⁵ Reglamento (CE) nº 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 Es tanto más pertinente cuanto que, en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) nº 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 aplicable, este criterio de "actividad directriz" hacia el país de residencia habitual del consumidor se tiene en cuenta para designar la ley de residencia habitual del consumidor como la ley aplicable al contrato.
- ²⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf
- ²⁸ WP29 Directrices sobre responsables de la protección de datos (RPD), WP 243 rev.01 - aprobadas por la EDPB.
- ²⁹ Por ejemplo, un RPD externo que actúe también como representante en la Unión no podría encontrarse en una situación en la que se le ordene, en calidad de representante, que comunique a un interesado una decisión o medida adoptada por el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento que, en su calidad de RPD, haya considerado no conforme con las disposiciones del Reglamento de Protección de Datos de P.I.B. y le haya aconsejado que no lo haga.
- ³⁰ WP29 Directrices sobre responsables de la protección de datos, WP 243 rev.01, aprobadas por la EDPB.
- ³¹ Parte de los criterios e interpretación establecidos en el documento G29 WP243 rev.1 (Responsable de la protección de datos), aprobado por la EDPB, puede utilizarse como base para las exenciones a la obligación de designación.
- ³² WP29 Documento de posición sobre las excepciones a la obligación de llevar registros de las actividades de transformación de conformidad con el artículo 30, apartado 5, del RD-PIB.
- ³³ WP29 Directrices sobre los responsables de la protección de datos (RPD), adoptadas el ¹³ de diciembre de 2016, revisadas por última vez el ⁵ de abril de 2017, WP 243 rev.01, aprobadas por el EDPB.
- ³⁴ Artículo 27, apartado 2, letra a), del RGPD.
- ³⁵ El GDPR no define lo que constituye una "autoridad u organismo público". El EDPB considera que este concepto debe determinarse con arreglo a la legislación nacional. Por consiguiente, las autoridades y organismos públicos incluyen a las autoridades nacionales, regionales y locales, pero el concepto, en virtud de la legislación nacional aplicable, suele incluir también una serie de otros organismos regidos por el Derecho público.