



La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE

Autor/a

Juan José Gonzalo Domenech

Colaborador del área de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº6 | Año 2017

Artículo nº 8

Páginas 37-42

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Resumen: El RGPD ha creado nuevas normas de Derecho internacional privado con el fin de proteger al afectado en supuestos transnacionales de vulneración de su derecho a la protección de datos. La posibilidad que otorga el Reglamento de litigar en el propio domicilio del demandado cumple con la función protectora que siempre debe tener una norma de protección de datos. La compatibilidad con el Reglamento Bruselas I bis supone una ampliación de los foros disponibles –además de solapamientos de foros– y mayores oportunidades de defensa para el afectado, los cuales aumentarán dependiendo del contrato en el que ejerciten tales acciones. Debemos lamentar las nulas novedades en cuanto a la ley aplicable, que nos obligan a seguir aplicando las normas autónomas clásicas.

Abstract: The new GDPR has created new rules of private international law to protect those affected in transnational cases from infringing their right to data protection. The possibility given by the Regulation to litigate in the defendant's own home fulfills the protective function that a data protection standard must always have. Compatibility with the Brussels I bis Regulation is an extension of the available forums - although it also implies an overlap of forums - and greater defense opportunities for the affected, which will increase depending on the contract in which they carry out such actions. We must lament the null new developments regarding applicable law, which force us to continue applying the classic autonomous rules.

Palabras clave/keywords: Protección/protection, datos/data, reglamento/regulation, europeo/European, privacidad/privacy.

Sumario: 1. Introducción. - 2. Aplicación de la normativa europea de protección de datos.- 3. En el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la unión europea.- 4. Actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a afectados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago.- 5. Actividades de tratamiento relacionadas con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión Europea.- 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

Con la aprobación del Reglamento 679/2016, General de Protección de Datos¹ se ha reformado por completo el panorama europeo relativo a la protección de datos personales de ámbito comercial. El actual RGPD está pensado para afrontar los problemas que suponen las nuevas tecnologías en el ámbito de la privacidad, como el *Big Data*, *Internet of Things*, o *Cloud Computing*. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales². La protección de datos presenta en la práctica grandes dificultades a la hora de la aplicación del Derecho internacional privado, como es la competencia judicial y la determinación de la ley aplicable, y uno de esos retos que afronta el RGPD es, también, reformar y adaptar un régimen de Derecho internacional privado a un mundo interconectado e interdependiente de unos y otros debido a la gran relevancia económica que presentan los datos, y la dificultad en la práctica que presenta la materia a la hora de aplicar las normas de Derecho internacional privado.

2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Debido a la globalización, la deslocalización, la variedad de opciones para el tratamiento de datos, y la posibilidad de que un tratamiento realizado fuera del territorio de la Unión quede sujeto a la legislación europea³, conviene analizar el artículo 3 del RGPD para explicar los supuestos en los que el tratamiento de datos está sujeto al Derecho de la Unión, cuyo alcance es mucho mayor por su extraterritorialidad que la actual Directiva⁴, la cual aplicación es imperativa debido a que el RGPD viene a proteger el derecho fundamental internacionalmente reconocido a la protección de datos.

En comparación con la rúbrica estipulada en la Directiva 95/46/CE, la cual rezaba en su equivalente actual al complejo artículo 4 «Derecho nacional aplicable», el artículo 3 del RGPD adopta como rúbrica «Ámbito territorial», esto se debe a que el Reglamento tiene por objeto unificar la normativa en Europa, y reforzar el derecho fundamental a la protección de datos, más que concretar la ley del Estado miembro que se debe aplicar, salvo algún supuesto⁵. Por ello, las empresas se enfrentarán a un solo derecho paneuropeo de protección de datos, no a veintiocho.

El artículo 3 del RGPD se compone de tres supuestos que a continuación pasaremos a explicar a la luz del «Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable», actualizado a 2015, y la doctrina establecida por el TJUE⁶.

3. EN EL CONTEXTO DE LAS ACTIVIDADES DE UN ESTABLECIMIENTO DEL RESPONSABLE O DEL ENCARGADO EN LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 3.1 estipula que se aplicará la legislación europea cuando ese tratamiento de datos se lleve a cabo *en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.*

La cuestión más discutida por el TJUE ha sido la definición de «establecimiento». Tanto la Directiva en su Considerando 19 como el RGPD en su Considerando 22 describen que «un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto».

En este sentido, la STJUE *Weltimmo* busca establecer un concepto flexible de establecimiento «que rechaza cualquier enfoque formalista según el cual una empresa estaría establecida únicamente en el lugar en que se encontrase registrada. Por lo tanto, para determinar si una sociedad, responsable de un tratamiento de datos, dispone de un establecimiento [...] procede interpretar tanto el grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades en ese otro Estado miembro tomando en consideración la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión» (párrafo 29).

El TJUE establece un criterio de ponderación sobre la base del tipo de prestación o actividad que la empresa ejerza u oferte en otro Estado miembro, llegando a bastar un solo representante en otro Estado miembro si actúa con un grado de estabilidad suficiente a través de los medios necesarios para la prestación de los servicios en la Unión⁷.

A todo esto, el artículo 4. 16) del RGPD ha considerado en su definición el concepto de «establecimiento principal». La inclusión de dicha definición aclara y delimita cuestiones altamente relevantes como la concreción de un establecimiento principal del responsable o de un encargado con varios establecimientos en la Unión mediante reglas marcadas por el principio de especialidad y jerarquía.

- 1) En el supuesto de un responsable con varios establecimientos, como norma general se considerará principal el establecimiento desde se lleve a cabo la administración central en la Unión. Pero como norma especial, si las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se toman en otro establecimiento, y tiene el poder para hacerlas efectivas, se considerará como principal este último.
- 2) En cuanto al supuesto de un encargado con varios establecimientos, se considerará el principal el establecimiento en el que se lleve a cabo la administración central en la Unión. Si careciera de ella, como norma supletoria, será el establecimiento del encargado en la Unión Europea en el que se realicen las principales actividades de tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del encargado.

Tal y como se acaba de decir, y como se dicta en reiteradas SSTJUE⁸, tal tratamiento debe llevarse a cabo «en el contexto de las actividades del establecimiento». Para explicar tal concepto, debemos acudir al Dictamen 8/2010, el cual aporta una serie de elementos para valorar si ese tratamiento se desarrolla en tal contexto:

1. Grado de implicación del establecimiento en las actividades en cuyo contexto se traten los datos personales. Consiste en determinar qué actividades realiza cada establecimiento.
2. Naturaleza de las actividades del establecimiento. La cuestión de si un actividad entraña o no un tratamiento de datos y qué tratamiento se esté efectuando en el contexto de qué actividad depende en gran medida de la naturaleza de dichas actividades.

A todo esto; se le debe añadir la doctrina que estableció la STJUE en el caso *Google Spain*, exige confirmar que las actividades de un establecimiento local y las actividades de procesamiento de datos puedan estar inextricablemente vinculadas, Incluso si ese establecimiento no está asumiendo realmente ningún papel en el propio procesamiento de datos.

4. ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO RELACIONADAS CON LA OFERTA DE BIENES O SERVICIOS A AFECTADOS EN LA UNIÓN EUROPEA, INDEPENDIENTEMENTE DE SI A ESTOS SE LES REQUIERE SU PAGO.

Como apunte general al criterio de la situación del afectado del apartado 3.2 del RGPD, **facilita el sometimiento a la legislación europea**

de quienes no están establecidos en la Unión y tratan datos de individuos que se encuentran en ese territorio en circunstancias en las que se observa necesario aplicarlas⁹. Este criterio genera una mayor protección de los individuos al haber ampliado en alcance de la norma, sobre todo en lo que viene siendo la monitorización de su conducta¹⁰.

El presente artículo ha de ponerse en relación con el artículo 27 y el Considerando 80, los cuales obligan al responsable o encargado de nombrar a un representante establecido en la Unión en relación con las obligaciones que estipula el RGPD.

Pasando a estudiar el inciso a), debemos partir de la descripción que realiza el Considerando 23, el cual determina que *si el responsable o encargado ofrece bienes o servicios a afectados que residen en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a afectados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión (targeting-based analysis)*¹¹. el Considerando no contempla que la accesibilidad web, el uso de un tercer idioma común o datos de contacto como indicios de oferta de servicios y productos en la Unión, como dicta la STJUE *Wertimmo*. Sí considera, por el contrario, el uso de la lengua, la moneda, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión indicios de que el encargado o responsable dirige su oferta al territorio de la Unión.

Podemos considerar que, salvaguardando las distancias entre un caso y otro, sería de aplicación los criterios mostrados en la doctrina creada por la STJUE *Pammer y Hotel Alpenhor*¹², y consolidada en las SSTJUE *Mühlleitner*¹³, y *Emrek*¹⁴¹⁵.

Uno de los criterios más relevantes de esa sentencia es tener en cuenta «todas las mani-

festaciones de voluntad de atraer a los consumidores de dicho Estado», como la oferta de tales servicios o productos en el Estado miembro, o la publicidad en distintos medios que facilitan su conocimiento por consumidores del Estado. La STJUE ofrece un listado de indicios no exhaustivos, en los que se consideran como tal 1) el carácter internacional de la actividad; 2) la indicación del prefijo internacional en los números de teléfono; 3) utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado del vendedor; 4) descripción de un itinerario de envío desde un Estado miembro al lugar de la prestación del servicio; 5) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en un Estado miembro, y 6) el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las habituales en el Estado a partir del cual ejerce su actividad el empresario¹⁶. Pero podemos ver cumplida las condiciones del artículo 3.2 a) del RGPD cuando cualquier servicio o actividad es ofertada sin restricciones geográficas respecto de la UE, y son adquiridos por un número significativo de habitantes de la Unión¹⁷.

Debemos reseñar la dicotomía literal entre la versión en inglés del reglamento con la versión en español. La versión inglesa exige que los afectados solo «estén» en la Unión Europea (*data subjects who are in the Union*), mientras que en la versión en español exige que los afectados «residan». Esto ha causado una disparidad de criterio entre artículos de escritura inglesa respecto a una posible interpretación amplia del artículo, haciendo que el RGPD pueda extralimitarse en su aplicación extraterritorial¹⁸.

5. ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO RELACIONADAS CON EL

CONTROL DE SU COMPORTAMIENTO, EN LA MEDIDA EN QUE ESTE TENGA LUGAR EN LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 3.2 b) del RGPD será de aplicación cuando el tratamiento de los datos de los afectados que verse sobre la observación del comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión y si el responsable o encargado no estuviera establecido en la Unión. Mientras la doctrina tiene asumida que este supuesto está destinado solamente al uso de archivos o programas informáticos que almacenan y permiten acceso al dispositivo de usuario (cookies), y excluye por lo tanto el ofrecimiento de productos o servicios¹⁹. Considero que este artículo puede incluirse directamente en los productos ofertados mediante el uso del *Big Data* que, al fin y al cabo, no hace más que monitorizar el comportamiento del ser humano.

Si entendemos el comportamiento como el conjunto de actos realizados por el ser humano producido por la interacción con el entorno en el que vive, algunas de las categorías de datos tratados por el *Big Data* revelan dichos actos²⁰.

El presente artículo hay que ponerlo en relación con el Considerando 24, que determina que se entenderá como un control de comportamiento el seguimiento del afectado en internet; pero a continuación estipula una referencia resume a la perfección el objeto y la esencia del *Big Data*: *[I]nclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes.*

La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE

Por las razones anteriores; consideramos que el artículo 3.2 b) del RGPD es aplicable no solo a la motorización de los comportamientos mostrados en internet; sino también a cualquier motorización realizada por cualquier medio destinado para ello.

6. Conclusiones

El legislador ha observado los problemas de aplicación de la ley de protección de datos a los supuestos actuales planteados con la Directiva 95/46, la cual se veía superada por el avance de nuevas tendencias tecnológicas como el *Big Data*, el *Cloud Computing*, o el *Internet of Things*; cuyas tendencias están marcadas por la deslocalización del tratamiento de

los datos. El nuevo artículo 3 del RGPD trata este fenómeno con la obligatoriedad de la aplicación de la legislación europea cuando los datos tratados en terceros países involucren a residentes de la Unión, además de contemplar un supuesto específico dedicado al *Big Data* en el artículo 3.2 b), el cual no entendemos la exclusión que realiza la doctrina en cuanto a la aplicación de este supuesto a los productos o servicios diferentes a los servicios de internet. Con este nuevo artículo, 1) se asegura que los datos personales de los ciudadanos de la Unión estén protegidos incluso más allá de del territorio, 2) y se protegen los tratamientos de datos que controlen el comportamiento, objeto del *Big Data*.

NOTAS

¹ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

² Vid. Considerando 6 del RGPD.

³ Vid. KUNER, Christopher, «The European Union and the Search for an International Data Protection Framework», en *Groningen Journal of International Law*, vol. 2, ed. 1, 2015, pg. 61.

⁴ Vid. TAYLOR, Mistale, «Permissions and prohibitions in data protection jurisdiction», en *Brussels Privacy Hub working paper* Vol. 2, N.º 6, Universidad Libre de Bruselas, 2016, pg. 13.

⁵ Como la determinación de la edad mínima del menor para otorgar su consentimiento (artículo 8 del RGPD).

⁶ SSTJUE C-131/12 *Google Spain* ECLI:EU:C:2013:424; C-230/14 *Weltimmo* ECLI:EU:C:2015:639, y C-362/14 *Amazon EU Sàri* ECLI:EU:C:2015:650.

⁷ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia», en *La Ley Unión Europea*, La Ley, Madrid, N.º 31, 2015, pg. 8.

⁸ *Google Spain*, C-131/12 (pár. 52); *Weltimmo*, C-230/14 (pár. 35), y *Amazon EU Sàri*, C-362/14 (pár. 78).

⁹ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n.º 1, Madrid, 2017, pg. 14.

¹⁰ Vid. HIJMANS, Hielke, *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Artículo 16 TFEU*, Springer, Bruselas, 2016, pg. 559.

¹¹ Vid. GEIST, Michael, «Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, n.º 3, California, 2001, pgs. 1345-1406.

¹² STJUE C-585/08 *Pammer and Hotel Alpenhof*, ECLI:EU:C:2010:740.

¹³ STJUE C-190/11 *Daniela Mühlleitner*, ECLI:EU:C:2012:542.

¹⁴ STJUE Case C-218/12 *Emrek*; ECLI:EU:C:2013:494.

¹⁵ El caso tratado en las SSTJUE citada no versa sobre protección de datos, sino de controversias en materia mercantil.

¹⁶ La doctrina establecida por el TJUE deriva de la establecida por la *Supreme Court* estadounidense *Calder v. Jones* (465 U.S. 783 (1984)), en la que permite a los tribunales considerar si existe un mercado objetivo determinado mediante

el uso de elementos como la lengua utilizada, la divisa, o la nacionalidad. Aunque algún sector entiende que a esta doctrina se le puede achacar su fuerte componente subjetivo. *Vid.* JIMÉNEZ-BENÍTEZ, William Guillermo, «Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and colombian cases», en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 26, Bogotá (Colombia), 2015, p. 30.

¹⁷ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ *Vid.* BRKAN, Maja, «Data protection and conflict-of-laws: a challenging relationship», en *European Data Protection Law Review*, vol 2, N°. 3, 2016, p. 337. SVANTESSON, Dan Jerker, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex tuto Publishing, Copenhagen, 2013, p. 107. Los autores discuten sobre la incoherencia del artículo 3.2 a) respecto al resto del RGPD, afirmando que el artículo debe exigir la residencia.

¹⁹ *Vid.* ALBRECHT, Jan Phillip y JOTZO, Florian, *Das neue Datenschutzrecht der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 67; ERNST, Stefan, «Artículo 3», en PAAL, y PAULY (coords.), *Datenschutz-Grundverordnung*, C.H. Beck, Munich, 2017, pp. 25-26, y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *op. cit.*, pg. 16.

²⁰ P. ej., la ubicación de los individuos, los hábitos diarios relacionados con las horas de sueño o la actividad deportiva.