

La consulta se refiere a diversas cuestiones relacionadas con el supuesto planteado en la misma, en que una empresa ubicada en Estados Unidos, que recoge datos de carácter personal de diversos países, entre ellos España y probablemente otros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, dada su implantación, pretende contratar un encargado del tratamiento ubicado en territorio español para la gestión del fichero resultante de la información a la que se ha hecho referencia, planteando en esencia si resultará de aplicación a tal supuesto lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo.

Si bien la consultante afirma que no existen precedentes en que esta Agencia haya analizado la cuestión planteada, debe indicarse que la misma fue examinada por esta Agencia en informe de 2 de julio de 2008, que se reproduce literalmente a continuación, sin perjuicio de que con posterioridad se efectúen determinadas consideraciones en relación con lo señalado por la consultante:

*“La consulta plantea que Ley resultará aplicable al tratamiento descrito en la misma, en que una empresa suiza pretende contratar con otra española la realización de determinados tratamientos de datos, consistentes en la prestación del servicio de atención al cliente y otros por cuenta del responsable ubicado en Suiza.*

*El artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, regula el ámbito territorial de las normas española de protección de datos, indicando, conforme señala la consulta, lo siguiente:*

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

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

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

*b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española, según las normas de Derecho internacional público.*

*c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.*

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

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

*La cuestión se plantea en el sentido de determinar si resulta aplicable al supuesto descrito lo dispuesto en la letra a) o en la letra c) del precepto transcrito.*

*El artículo 3 citado viene aclarar en el derecho español las normas relacionadas con el ámbito de aplicación de la legislación de protección de datos contenidas en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Según dispone el apartado 1 del citado precepto:*

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

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

*(...) c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos*

*medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.”*

*A su vez, el artículo 17.2 de la Directiva establece que:*

*“La realización de tratamientos por encargo deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento, y que disponga, en particular:*

- que el encargado del tratamiento sólo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento;*
- que las obligaciones del apartado 1, tal como las define la legislación del Estado miembro en el que esté establecido el encargado, incumben también a éste.”*

*Tomando en consideración lo dispuesto en ambas normas, debe concluirse que lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3.1 a) del Reglamento únicamente será de aplicación en los supuestos en que el establecimiento del responsable del tratamiento en cuyo entorno se proceda al tratamiento de los datos se encuentre ubicado en un Estado Miembro de la Unión Europea, dado que serán dichos responsables los sometidos al régimen previsto en el artículo 17.3 de la Directiva.*

*Por otra parte, la referencia a la Unión Europea deberá igualmente entenderse aplicable al Espacio Económico Europeo, al que resulta de aplicación la Directiva.*

*En relación con lo dispuesto en la letra c) del artículo 3.1 del Reglamento, debe tenerse en cuenta lo señalado en el Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE, adoptado por el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE el 30 de mayo de 2002 (Documento WP 56).*

*Según indica el Documento, “para poder aplicar la letra c) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, el responsable del tratamiento debe recurrir a medios para el tratamiento de datos personales (y no solamente para garantizar el tránsito) situados en el territorio de un Estado miembro. Esto parece sugerir que el responsable del tratamiento es activo y que alberga una intención particular. Su decisión en cuanto a las finalidades y los medios del tratamiento incluye este aspecto”.*

*En cuanto al significado del término “medios”, tras recordar que en la versión inglesa de la Directiva se hace referencia a un término más concreto, (“equipment”), el documento señala que, siguiendo este concepto, han de considerarse sometidos al precepto el “conjunto de instrumentos o aparatos reunidos para un fin determinado”, fijando como ejemplos “los PC, los terminales y los servidores, que se pueden utilizar para casi todos los tipos de operaciones de tratamiento de datos”.*

*Además, se recuerda que “la Directiva explica que los «medios» pueden ser automatizados o no, siempre que no se utilicen solamente con fines de tránsito de la información por el territorio de la Comunidad”, considerando que “un ejemplo típico de medios utilizados exclusivamente para el tránsito son las redes de telecomunicaciones (ejes centrales, cables, etc.), que forman parte de Internet y por las cuales pasan las comunicaciones Internet desde el punto de expedición hasta el punto de destino”.*

*Teniendo en cuenta esta interpretación, cabe considerar que el tratamiento de los datos al que se refiere en la consulta empleará medios situados en territorio español y puestos a disposición del responsable por el encargado del tratamiento.*

*En cuanto al hecho de que dichos medios no sean empleados con fines de mero tránsito, debe tenerse en cuenta lo señalado en informe de esta Agencia de 1 de agosto de 2005, referido a la Ley aplicable al tratamiento en un buque que ocasionalmente atraviere aguas españolas, en que se señala someramente que “la expresión contenida en el artículo 4.1 c) de la Directiva debe considerarse aplicable a aquellos medios ubicados en dicho territorio de una forma permanente, como por ejemplo, si en la transmisión de los datos fuera empleada una red pública de comunicaciones electrónicas ubicada en España, pero no a aquellos casos en los que la ubicación de los medios del tratamiento sea meramente accidental o contingente, dado que en ese caso, resultará obvio que esa contingencia implicará que el medio sea, en el peor de los supuestos de mero tránsito”.*

*De lo que ha venido señalándose cabe desprender que en el supuesto analizado sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.1 c) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, quedando dicho tratamiento sometido al derecho español y debiéndose designar un representante por parte de la entidad suiza.*

*En todo caso, la citada entidad seguiría ostentando la condición de responsable del fichero, siendo la empresa española encargada del tratamiento.”*

Reproducido, el criterio sustentado por esta Agencia en el informe de 2 de julio de 2008, deben ahora, como se indicó, efectuarse ciertas consideraciones adicionales en relación con la consulta efectivamente planteada.

En primer lugar es preciso clarificar que ni la Directiva 95/46/CE, ni lógicamente la Ley Orgánica 15/1999 que la transpone al derecho español, se refieren en ningún lugar de su articulado a la nacionalidad, residencia o lugar en que se encuentre en un momento determinado el afectado como criterio que permita determinar la normativa aplicable a cada supuesto de tratamiento, limitándose a prever los supuestos que ya se han reproducido. De este modo, si el tratamiento se realiza en territorio español bien en el marco de la actividad de un responsable, bien por un encargado del tratamiento de una entidad situada fuera del Espacio Económico Europeo, será aplicable la legislación española con independencia de la nacionalidad, residencia o ubicación del sujeto al que los datos se refieran.

Ciertamente, la aplicación del citado criterio evitará, con carácter general, la elusión en la aplicación de la normativa española en los supuestos que el consultante indica en la denominada “interpretación estricta” en su escrito de consulta y ciertamente dicha aplicación implicará el sometimiento a la legislación europea, y concretamente a la española de supuestos en que los datos no se refieren a ciudadanos españoles, pero en todo caso dicha aplicación partirá sobre la base de que el punto de conexión para determinar la Ley aplicable aparece claramente delimitado por la legislación española y europea, sin que sea posible establecer otra interpretación distinta de la derivada de dichas normas.

En otro orden de cosas, es preciso indicar además que, contrariamente a lo que parece derivarse de gran parte del texto de la consulta, el tratamiento sí aparece referido a afectados españoles o que se encuentren en territorio español, siendo además previsible que tal circunstancia se dé de afectados de otras nacionalidades de Estados integrados en el Espacio Económico Europeo, habida cuenta de la implantación territorial de la consultante.

De este modo, y aunque se siguiera esa denominada “interpretación estricta”, lo que ya se ha indicado que resultaría contrario a la Directiva, debería tenerse en cuenta que los datos de un determinado número de personas sí se referirían a ciudadanos situados en el territorio que la consulta parece excluir. De este modo, existiendo al menos, incluso siguiendo las tesis de la consultante, una serie de sujetos a los que sería aplicable ese criterio, debería aplicarse el mismo al tratamiento llevado a cabo, lo que impediría excluir la aplicación de la Ley española.

En este sentido, debe también recordarse que no sólo se recurrirá a medios para el tratamiento de los datos en caso de contratación de un

encargado del tratamiento, sino que además esos medios serán empleados en el momento de la recogida de los datos a través de las entidades vinculadas a la consultante en cada Estado, lo que pone de manifiesto que incluso en ese caso, y al menos en referencia a los datos recopilados en el ámbito del Espacio Económico Europeo, ya sería aplicable la legislación comunitaria.

Además, no debe ignorarse que se trata de la protección de un derecho fundamental, reconocido como tal no sólo a nivel del derecho español (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre), sino también en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no debe admitir en consecuencia una “interpretación estricta” de sus normas de protección, sino que dicha interpretación restrictiva debe efectuarse de las normas que pudieran limitar de uno u otro modo ese derecho.

Porque, en definitiva, en este caso no existiría una aplicación extraterritorial de la normativa española, dado que el criterio de delimitación establecido en la legislación comunitaria (el uso de medios para el tratamiento en territorio español) se cumple en este caso, en que existe un concreto tratamiento de datos, llevado a cabo por un encargado en ese territorio y, además, los datos se refieren en parte a ciudadanos españoles o situados en España o en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo, lo que impediría incluso aplicar las tesis sostenidas en la consulta, lo que, ya se ha dicho, se señala únicamente a efectos dialécticos.

En definitiva, la no aplicación de la Ley española a un tratamiento realizado en España y referido incluso a ciudadanos españoles o residentes en España sí podría suponer una inaplicación de la legislación realmente aplicable, y no como se señala en la consulta una aplicación extraterritorial de esa norma.

A la vista de todo ello, debe indicarse que conforme a la normativa actualmente vigente, se concluye que la legislación española de protección de datos será aplicable tanto a la recogida de los datos que se lleve a cabo en territorio español como al tratamiento desarrollado, en su caso, por la empresa española.

Teniendo en cuenta esta conclusión, la devolución de los datos a la entidad responsable debería ser considerada como una transferencia internacional de datos, al implicar una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, tal y como define el artículo 5.1 s) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

Dicha transferencia deberá respetar el régimen previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999 y el Título VI de su Reglamento de desarrollo, que vienen a transponer a su vez los artículos 25 y 26 de la Directiva. De este modo, la transferencia precisaría de la autorización del

Director de la Agencia Española de Protección de Datos en caso de no dirigirse a un Estado que proporcione un nivel adecuado de protección o no pueda incluirse en las excepciones establecidas en los artículos 34 de la Ley ó 26.1 de la Directiva.

En el caso analizado no puede verificarse si concurrirá alguna de las citadas excepciones, si bien cabe considerar que dado que los datos habrán sido obtenidos de los interesados debería analizarse si concurre la excepción de consentimiento o, siempre que el interesado conozca de la existencia de una gestión centralizada de los datos, la de relación jurídica, lo que eximiría de la necesidad de recabara la autorización de esta Agencia.