TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

"TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS PERSONALES: ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE SU TRATAMIENTO EN LA NORMATIVA EUROPEA"

(INTERNATIONAL PERSONAL DATA TRANSFERS: ANALYSIS ON THE DEVELOPMENT OF EUROPEAN REGULATION)

AUTORA:

Iomar Ruiz Verrire

TUTORA:

Aurora Hernández Rodríguez

OCTUBRE 2019

Resumen:

El objetivo principal de este trabajo es profundizar en el conocimiento de la regulación dada por la Unión Europea a las transferencias internacionales de datos. Para ello se tomarán como referencia la Directiva 95/46/CE y el posterior Reglamento General de Protección de Datos. Compararemos ambas normas con el propósito de identificar las modificaciones introducidas por el Reglamento en el tratamiento de las transferencias, y comentar sus implicaciones desde la perspectiva del equilibrio entre la protección de datos personales y el mantenimiento del flujo internacional de datos.

Abstract:

The main goal of this paper is to acquire a deeper knowledge of the European regulation with regard of international personal data transfers. In order to do that, we would take as reference the Directive 95/46/CE and the EU General Data Protection Regulation. We would compare both regulations with the purpose of identify the regulatory amendments made by the GDPR on the treatment of personal data transfers, and to comment their impact from the perspective of the equilibrium between personal data protection and international personal data flows.

INDICE

ABREVIATURAS

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

TFUE: Tratado Funcionamiento de la Unión Europea.

WP: Working Paper. Denominación que reciben los documentos publicados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29.

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto profundizar en la regulación de las transferencias internacionales privadas de datos personales con origen en la Unión Europea.

La exposición narra el tratamiento inicial dado a las transferencias internacionales por la Directiva 95/46/CE y la evolución hasta la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos. La entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos, el 25 de mayo de 2018, supuso la renovación del tratamiento de la protección de datos en el conjunto de la Unión Europea, en gran parte debido a que se trataba de una norma de aplicación directa. Esta exposición conjunta del tratamiento dado por uno y otro instrumento nos permitirá observar cuales han sido las lecciones aprendidas por el legislador europeo y como se han traducido en la nueva regulación.

2. **LOS DATOS PERSONALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN**

La protección de datos personales, como derecho fundamental independiente, no ha sido citada como parte del objeto de protección por la legislación nacional o europea hasta la publicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)[1], en adelante "Reglamento", en ámbito europeo, y la publicación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[2], en adelante la "LO 3/2018", en el ámbito nacional. Hasta ese momento, tanto 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, en adelante la Directiva 95/46/CE, así como en la legislación nacional[3], la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[4], tomaban como objeto de protección de los "derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar"[5] y "la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales."[6]. Como se puede ver, la protección de datos personales se apoyaba en otros derechos fundamentales de la persona, sin otorgar a la protección de los datos personales entidad propia como derecho fundamental. Al otorgársele tratamiento como derecho fundamental independiente se reconoce su

[1] Art. 1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (DOUE, de 4 de mayo de 2016).

[2] Art. 1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE, de 6 de diciembre de 2018)

[3] 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. (DOUE, 23 de noviembre de 1995.)

[4] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE, de 14 de diciembre de 1999).

[5] Art. 1 de la LOPD 15/1999

[6] Art. 1 de la Directiva 9/46/CE.

"singularidad propia"[7], sin que ello suponga su desconexión de los derechos relacionados que primero conformaban el objeto de protección de datos.

Tomando como referencia la exposición de la protección constitucional en la Unión Europea realizada por RALLO LABARTE, las primeras consagraciones legislativas del derecho a la protección de datos en el derecho nacional de los Estados miembros las encontramos en la década de los setenta[8]. En España, el encuadre constitucional de la protección de datos lo encontramos en el art. 18.4 de la Constitución Española. Este artículo prevé la "limitación del uso de la informática" al objeto de proteger los derechos fundamentales al "honor y la intimidad personal y familiar". La formulación expuesta provocó que en un primer momento el derecho a la protección de datos se entendiera "como una especificación del derecho a la intimidad, pero el Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata de un derecho independiente"[9]. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no unifica totalmente todas las corrientes doctrinales sobre la independencia del derecho a la protección de datos frente al derecho a la intimidad, y ni siquiera consigue aglutinar las corrientes en torno de una única denominación del derecho, encontrándonos con referencias a la "autodeterminación informativa", la "libertad informática", la "intimidad informática" o el "derecho a la protección de datos personales"[10].

---

[7] "Conforme a este proceso de evolución normativa, los datos personales adquieren hoy una consideración específica por parte del Ordenamiento vigente, identificados por su valor y funcionalidad como potenciales activos intangibles, en términos económicos, y a su vez, constituyen un bien jurídico protegido, objeto del reconocido derecho fundamental precitado. De este modo, este derecho fundamental, –entre otros, (v.gr., derecho a la intimidad)–, mantiene una singularidad propia, que lo identifica por su objeto: la información personal, y, por ende, vinculada o relativa a la privacidad del individuo. Como tal se reconoce, se trata de un bien jurídico sumamente sensible, por lo que es factible su posible vulneración mediante, –por ejemplo–, la difusión de datos no veraces, erróneos o inexactos, el uso no autorizado por terceros, etc." Dopazo Fraguío, P., "La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente." *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 68, 2018. (disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6715242; última consulta: 26/09/2019)

[8] "La década de los setenta conoció la proliferación de normas estatales dirigidas a proteger la privacidad y los datos personales frente al uso de la informática en Suecia (1973), Estados Unidos (1974), Alemania (1977), Austria, Dinamarca, noruega y Francia (1978)." Rallo Lombarte, A., "De la "Libertad Informática" a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales (1978-2018)." *UNED. Revista de Derecho Político*, Núm. 100, 2017. p. 645. (disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6238884&orden=0&info=link; última consulta: 27/09/2019)

[9] Elvira Perales, A., "Sinopsis artículo 18. Constitución Española." Diciembre de 2003. Actualizado por última vez por González Escudero, A., enero de 2011. (disponible en línea: http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2; última consulta: 28/09/2019)

[10] Referencia al mantenimiento de esta multiplicidad de conceptos, así como de la ausencia de unificación de doctrina entorno a la independencia del derecho de protección de datos, la encontramos en: Bru Cuadrada, E.,

Además de todo lo anterior, debemos tener en cuenta que, aunque la evolución de la protección de datos parte de la protección de la intimidad y el honor del individuo, los datos personales a los que se presta protección no son únicamente aquellos que afecten directamente a la intimidad, el honor o la vida privada de su titular[11]. Esta realidad ha quedado reflejada en la definición que las distintas normas, europeas o nacionales, dan de los datos personales a proteger. Definiciones que atienden a "toda información sobre una persona física identificada o identificable"[12]. A esta multiplicidad de derechos fundamentales afectados por la protección de datos, debemos añadir las consideraciones realizadas por DOPAZO FRAGUÍO que, a efectos de exponer esta interrelación, trae a colación el considerando 4 del Reglamento, en el que se presenta la protección de los datos personales como un derecho no absoluto "que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad". Reforzándose la conexión con el resto de derechos a proteger, la necesidad de tener en cuenta el contexto y la modulación de la protección de datos en función de dichos elementos.

La positivación en el derecho europeo de la protección de datos la encontramos en el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[13], y en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)[14], en cuya redacción no se contempla referencia alguna a la protección de otros derechos mediante la protección de datos, alcanzando así la protección de datos estatus de derecho independiente. La CDFUE llega a incluir en la disposición del derecho, previsiones referentes al propio tratamiento de

"La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad." *Revista de Internet, Derecho y Política. Monográfico <<III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas>>* Núm. 5, 2007. p.81 (disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2372618 ; última consulta: 28/09/2019)

[11] "los datos personales protegidos no son únicamente aquellos relativos a la vida personal o a la intimidad de una persona, pues también abarcan a cualquier tipo de información relativa a un individuo, y cuyo conocimiento, comunicación o uso por terceros (no autorizados de forma expresa por el titular de los datos) puede afectar o perjudicar al mismo (persona titular del DPD); esto es, incidiendo de forma negativa o vulnerando su(s) derecho(s), inclusive aquellos otros que no fueran fundamentales.", "La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente." Cit.
En el mismo sentido podemos citar el punto 1 de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992)

[12] Art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679.

[13] Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. C 326 de 26 de octubre de 2012)

[14] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUEC núm. 364 de 18 de diciembre de 2000)

datos, que deberá realizarse "de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley."[15]. Estos dos instrumentos normativos, junto con el Reglamento, suponen la culminación de la evolución del derecho a la protección de datos en el ámbito de la Unión Europea[16]. Mientras tanto, la Constitución Española prevé el encaje constitucional de la protección de datos como "un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos"[17].

Lo expuesto hasta ahora nos permite concluir que, la evolución vivida por el derecho a la protección de datos permite que sea entendido, a día de hoy, como un derecho independiente de aquellos en los que encontró su origen y fundamento inicial, como es el derecho a la intimidad, sin que por ello se pierdan los fuertes vínculos que unen a ambos, pues se establece la protección de datos como un derecho independiente y como una garantía necesaria en la protección de otros derechos fundamentales.

3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA EN PROTECCIÓN DE DATOS: DE LA DIRECTIVA AL REGLAMENTO GENERAL.

Cuando buscamos el primer instrumento de entidad europea en protección de datos, nos tenemos que retrotraer hasta 1981. Ese año se publica el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal[18], en adelante Convenio nº 108. Este documento se publicó poco tiempo después de la irrupción en el espacio internacional de las Directrices

[15] Art. 8.2 de la CDFUE.
[16] "De la "Libertad Informática" a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales (1978-2018)." Cit. p.663
[17] De la "Libertad Informática" a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales (1978-2018)." Cit. p.649
[18] Convenio nº108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. (BOE de 15 de noviembre de 1985).

publicadas por la OCDE[19] relativas a la protección y las transferencias de datos. La fuerza vinculante es el elemento diferenciador esencial entre ambas propuestas, ya que, pese a que la OCDE fue la primera en dar una respuesta a un problema que comenzaba a preocupar a los actores del mercado, carece de fuerza vinculante hacia los miembros de la organización. El Convenio nº 108, por el contrario, será vinculante para aquellos que se adhieran al mismo, estando abierto a la firma por cualquier Estado, europeo o no[20]. El Convenio nº 108 fue ratificado por el Estado español el 27 de enero de 1984, convirtiéndose en uno de los primeros Estados en ratificar el convenio, que no entraría en vigor hasta octubre de 1985[21]. A día de hoy, el Convenio nº 108 cuenta con la adhesión de 55 Estados, de los cuales únicamente 8 no son miembros del Consejo de Europa[22]. Recientemente este convenio ha sido actualizado mediante un Protocolo[23] modificativo que busca adaptar el contenido del Convenio nº 108 a las disposiciones del nuevo Reglamento General de Protección de Datos. El objetivo de las modificaciones es evitar las contradicciones con la aplicación del Reglamento y, en los términos de exposición de motivos de la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a la firma del Protocolo modificativo," La adopción de un Convenio riguroso, que sigue un planteamiento y principios idénticos al (nuevo) acervo de la Unión, reviste especial importancia para la estrategia internacional de la Unión en el

[19] "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.". Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 23 de septiembre de 1980. (disponible en https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm; última consulta: 28/09/2019)

[20] Art. 23 del Convenio nº 108 "Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de ministros del Consejo de Europa podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa a que se adhiera el presente Convenio mediante un acuerdo adoptado por la mayoría prevista en el artículo 20, d), del Estatuto del Consejo de Europa y por unanimidad de los representantes d ellos Estados Contratantes que tengan el derecho a formar parte del Comité."

[21] Art 22.2 del Convenio nº108.

[22] Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. (disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=Rn8KqFkN; última consulta: 26/09/2019).

[23] Details of Treaty NO. 223 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Estrasburgo, 10 de octubre de 2018. CETS No. 223 (disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223; última consulta: 04/10/2019).

ámbito de la protección de datos."[24] El Convenio nº 108, así como el Convenio 108+[25], son los únicos instrumentos normativos internacionales vinculantes en relación con la protección de datos personales en el sector privado. Estos instrumentos son fundamentales en la articulación de la difusión de los estándares europeos de protección de datos a otros Estados, esto no nos debe hacer olvidar que el Convenio nº 108 fue el documento sobre el que se estructuró el desarrollo de la Directiva 95/46/CE[26].

La Directiva 95/46/CE da respuesta a la previsión de aumento de los flujos de datos entre los distintos Estados de la Unión. Este aumento en las transferencias se debía al desarrollo de nuevas tecnologías que facilitarían la circulación de datos y al establecimiento del mercado interior europeo[27]. La Directiva busca crear una "protección equivalente"[28] en los distintos Estados, ya que, el tratamiento nacional de la protección, en palabras de la propia Directiva 95/46/CE, conseguía "obstaculizar la libre circulación entre ellos de datos personales por motivos de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad"[29].

Los objetivos fijados por la Directiva 95/46/CE son la garantía de protección del derecho a la protección de datos de los ciudadanos y la creación de un espacio en el que no existan barreras que entorpezcan la circulación de los datos[30], pero, al tratarse de una directiva europea, su transposición a las distintas legislaciones nacionales ha dado lugar a un

[24] Exposición de Motivos 2.2. Protocolo modificativo: "Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. (STCE nº 108)" Bruselas, 5 de junio de 2018. COM (2018) 449 final – 2018/0237 (NLE) (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0449; última consulta: 04/10/2019)

[25] Denominación por la que se conoce el nuevo texto del Convenio nº 108.

[26] Considerando 11 de la exposición de motivos de la Directiva 95/46/CE, que dice como sigue, "Considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales."

[27] Considerandos 4 y 5 de la Directiva 95/46/CE.

[28] Considerando 9 de la Directiva 95/46/CE.

[29] Considerando 9 de la Directiva 95/46/CE.

[30] El art. 1 de la Directiva 95/46/CE establece dos objetivos; por un lado, la garantía "de la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales" y, por otro, que los "Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.", es decir la protección de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

mercado único en el que, pese a que se comparten mínimos, la regulación está lejos de ser homogénea o equivalente[31]. Con el paso del tiempo, la evolución tecnológica y su integración en nuestras actividades diarias, ha dado paso a la creación de bases de datos personales de gran volumen y al aumento del flujo de datos personales a niveles hasta ahora desconocidos[32]. Esta nueva realidad multiplica exponencialmente las necesidades descritas por la Directiva 95/46/CE referentes al establecimiento de un espacio en el que se garantice la protección de los derechos del titular de datos y la creación de un mercado en el que los datos personales fluyan sin tener que enfrentarse a obstáculos innecesarios[33]. Las nuevas necesidades de mantenimiento de los flujos de datos transfronterizos reforzaron la necesidad de crear un espacio de mayor seguridad jurídica, en el que una regulación de la protección de datos verdaderamente equivalente[34] eliminará todo obstáculo a las transferencias entre Estados miembros. En este sentido, la Agenda Digital para Europa, publicada en 2010[35], que formaba parte de la estrategia Europa 2020[36], establecía como una de las claves del desarrollo del "mercado único digital", la actualización de la regulación de protección de datos en la

[31] "Aunque los objetivos y principios de la Directiva 95/46/CE siguen siendo válidos, ello no ha impedido que la protección de los datos en el territorio de la Unión se aplique de manera fragmentada. (…) Las diferencias en el nivel de protección d ellos derechos y libertades de las personas físicas, en particular del derecho a la protección de los datos de carácter personal, en lo que respecta al tratamiento de dichos datos en los Estados miembros pueden impedir la libre circulación de los datos de carácter personal en la Unión. Estas diferencias pueden constituir, por lo tanto, un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión. Esta diferencia en los niveles de protección se debe a la existencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE." Considerando 9 del Reglamento (UE) 2016/679.

[32] "La rápida evolución tecnológica ha supuesto nuevos retos para la protección de los datos personales. Se ha incrementado enormemente la magnitud del intercambio y la recogida de datos. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de desarrollar 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." Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos). COM(2012) 11 final. Bruselas, 25 de enero de 2012. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF ; última consulta: 04/10/2019)

[33] Considerando 6 del Reglamento (UE) 2016/679.

[34] Considerando 10 del Reglamento (UE) 2016/679.

[35] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa. Bruselas, 19 de mayo de 2010. COM(2010)24 5 final. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245#footnote25 ; última consulta: 28/09/2019)

[36]EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bruselas, 3 de marzo de 2010. COM(2010) 2020 final. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020 ; última consulta: 29/09/2019)

Unión[37]. En desarrollo de esta estrategia se publicó en 2012, la primera propuesta de Reglamento General de Protección de Datos[38].Las consultas a los interesados para desarrollar una nueva regulación de protección de datos, que comenzaron en 2009 y se llevaron a cabo por dos años, concluyeron que, "los principios generales siguen siendo válidos, si bien es necesario adaptar el marco vigente para responder mejor a los retos que plantea el rápido desarrollo de las tecnologías (especialmente en línea) y la globalización creciente, al tiempo que se mantiene la neutralidad tecnológica del marco jurídico. La actual fragmentación de la protección de datos personales en la Unión ha sido blanco de duras críticas, especialmente por parte de los operadores económicos, que solicitaron una mayor seguridad jurídica y la armonización de las normas relativas a la protección de los datos de carácter personal. Se considera que la complejidad de las normas en materia de transferencias internacionales de datos personales constituye un impedimento sustancial a su funcionamiento, ya que se necesita transferir con regularidad datos personales de la UE a otras partes del mundo."[39].

En respuesta a las necesidades manifestadas se desarrolla el Reglamento General Europeo de Protección de Datos, aprobado en 2016. El Reglamento, al igual que ya ocurría en la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos publicada en 2012, amplían sustancialmente la regulación dada a las transferencias a terceros Estados, como veremos en los siguientes epígrafes, atendiendo a las necesidades regulatorias y de seguridad jurídica expuestas. Por tanto, y utilizando las palabras del propio Reglamento, la evolución normativa, es decir, el cambio de la Directiva 95/46/CE que permitía un desarrollo normativo dispar a nivel nacional de cada Estado miembro, al Reglamento, con un mayor control por parte de la regulación de protección de datos por parte de la Unión Europea, se debe a la necesidad de contar con " un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior."[40],

[37] "Acción clave 4: Revisará el marco regulador de la protección de datos de la UE con vistas a reforzar la confianza de las personas y fortalecer sus derechos, para finales de 2010." Una Agenda Digital para Europa. Cit.
[38] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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. Cit.
[39] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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. Cit. p.4
[40] Considerando 7 del Reglamento (UE) 2016/679

creando un marco jurídico que facilite las transferencias de datos tanto en el mercado interior, así como en las transferencias a Estados que no son miembros de la Unión, sin olvidar que," las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales"[41].

4. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES.

La Unión Europea, debido a las peculiaridades propias de su estructura territorial, diferencia dos fórmulas distintas de flujo territorial de datos personales. Por un lado, se presentan los flujos transfronterizos, definidos en el normativa europea como aquellos que se realizan dentro del mercado interior, y por otro, las transferencias que tienen como destino Estados externos a la Unión, a las que nosotros trataremos mediante el concepto transferencia internacional, y las que no han sido definidas ni por el actual Reglamento, ni por la anterior Directiva 95/46/CE, que se refieren a ellas como transferencias a terceros Estados. Dicho esto, para poder delimitar cual es el espacio dedicado a las transferencias que son objeto del presente trabajo, deberemos abstraer el concepto de forma negativa, es decir, mediante la delimitación de que no constituye una transferencia internacional.

En primer lugar, el Reglamento define lo que ha de entenderse como "tratamiento transfronterizo" en el art. 4.23 del Reglamento. Esta definición recoge aquellos tratamientos realizados en el "contexto de las actividades de establecimiento en más de un Estado miembro", ya sean realizadas entre responsables o encargados de tratamiento, el tratamiento sea realizado en un único establecimiento, afectando "sustancialmente o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro". Esta definición refleja los posibles tratamientos de datos en los que participen elementos diseminados por más de un Estado miembro, ya estemos hablando de los sujetos que realizan el tratamiento o de los titulares de los datos personales, pero sin abandonar nunca el mercado interno o verse afectadas por un elemento exógeno a la aplicación del Reglamento, como podría ser la intervención de un encargado de tratamiento de datos personales mediante el acceso de un

[41] Considerando 7 del Reglamento (UE) 2016/679.

encargado de datos localizado en un Estado externo a la Unión, aunque no se trasladen los datos personales a servidores localizados en ese tercer Estado.

En segundo lugar, deberemos acudir a las disposiciones sobre transferencias de datos contenidas en el Capítulo V del Reglamento, referente a las "Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales". El artículo 44 del Reglamento, establece que las disposiciones del Capítulo se aplicarán a aquellas transferencias de datos que vayan a ser "objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional (…) incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional". La Directiva 95/46/CE, contenía en su art. 25 una referencia similar al tratamiento de los datos personales cuando estos se realizaban "a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia". Como podemos ver, las transferencias que se realizan a Estados y organizaciones externos a la Unión Europea reciben un tratamiento específico, por el cual se trata de mantener la protección dispuesta por la regulación europea a los datos obtenidos de titulares de datos protegidos por el derecho de la Unión, pese a que los datos transferidos salgan del ámbito territorial de la aplicación del Reglamento[42]. Pero no encontramos ni en la Directiva 95/46/CE, ni en el Reglamento, otra referencia que contribuya de delimitar que hemos de entender como transferencia internacional de datos personales, más allá de la referencia a terceros estados o a organizaciones internacionales.

Por su parte, SANCHO VILLA define la transferencia internacional como "el negocio jurídico por el que un responsable del tratamiento transmite los datos a un empresario establecido en el extranjero"[43]. Con esta definición, la autora excluye del tratamiento dado a las transferencias internacionales aquellas transferencias realizadas por encargados. Sin

[42] "No obstante, si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión por el presente Reglamento, ni siquiera en las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a responsables y encargados en el mismo u otro tercer país u organización internacional." Considerando 101 del Reglamento (UE) 2016/679.

[43] Sancho Villa, D., "Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de Ley aplicable." *Revista jurídica de Castilla y León.* Nº 16, 2008. p.417

embargo, esta delimitación en función del sujeto que realiza la transferencia no la encontramos en instrumentos normativos como la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, referenciados por la propia SANCHO VILLA. En la citada instrucción se referencian las transferencias internacionales como "toda transmisión de los mismos fuera del territorio español."[44]. Esta Instrucción 1/2000 también es referenciada por CASTELLANOS RODRÍGUEZ, que además la corrige al decir "es preciso apuntar que las transferencias internacionales de datos tienen tal consideración cuando las mismas se producen fuera del Espacio Económico Europeo"[45]. Para ello, este autor recurre a la definición dada por el art. 5.1.s) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal[46], para ampliar el espacio territorial excluido de las disposiciones especialmente establecidas para las transferencias internacionales, al Espacio Económico Europeo.

Además de lo expuesto hasta ahora, SANCHO VILLA identifica una serie de transferencias que se deben excluir de la regulación que se da a las transferencias a terceros Estados, estas son; las realizadas por el propio titular de datos cuando éste, voluntariamente y por si mismo registra, y por tanto comunica, sus datos personales en servidores extranjeros; la difusión de datos realizada por un particular cuando publique dichos datos en una web, sin que se tenga en cuenta el alcance de la difusión de los datos a la hora de valorar si existe o no una transferencia, y; la transmisión de datos del encargado de tratamiento a un responsable establecido en el extranjero[47]. A la descripción de estos tratamientos, debemos hacer los siguientes comentarios en referencia al primer y tercer supuesto referenciados. Lo primero que debemos indicar es, que nos encontramos ante comentarios realizados durante la vigencia de la antigua LOPD y la Directiva 95/46/CE. En segundo lugar, y referente al primer supuesto

[44] Norma Primera. Ámbito de aplicación. Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos. (BOE 16 de diciembre de 2000).
[45] Castellanos Rodríguez, A., "El régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos personales. Especial mención al marco regulatorio Privacy Shield." *Working papers (Institut de Ciències Polítiques i Socials (Barcelona, Catalunya)); nº 350*, 2017. (disponible en https://www.recercat.cat/handle/2072/303863 ;última consulta: 26/09/2018) p.6
[46] Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (BOE, de 19 de enero de 2008).
[47] Ambas excepciones son expuestas en "Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de Ley aplicable." Cit. p. 419-420

indicado por la autora, con la entrada en vigor del Reglamento, pese a que se sigue sin considerar una transferencia internacional el registro por el propio titular de sus datos en servidores extranjeros, ya no estamos ante casos en los que los datos queden a la merced de la aplicación de la Ley del Estado extranjero, sino que, en aplicación de art. 3.2 del Reglamento quedarán protegidos por el Reglamento cuando "las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.". Respecto al tercer supuesto, nos remitimos a lo ya expuesto respecto a la delimitación del concepto de transferencia internacional del párrafo anterior, en el que exponemos que, no se deben limitar las transferencias internacionales en función de los sujetos emisores de las mismas pues esto conllevaría que las transferencias por encargados a subencargados quedaran desprotegidas.

En último lugar, no debemos de obviar que, tanto el Reglamento como la Directiva 95/46/CE, se refieren a las transferencias a terceros Estados, sin que ninguno de los dos instrumentos legislativos establezca que se ha de entender por transferencia. Las transferencias son uno de los posibles tratamientos a realizar sobre los datos personales. la definición de "tratamiento" que contienen ambos instrumentos, en las que se contempla la "comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos"[48] y "comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión" [49]. En atención a los fragmentos de las definiciones reproducidos, podemos determinar que, la transferencia o transmisión de los datos no es la única fórmula por la que es posible comunicar y dar acceso a los datos personales, por lo que no se deberá entender la transferencia de los datos como la única fórmula por la que se realizan transferencias internacionales, especialmente, al no excluir el tratamiento realizado por encargados localizados en terceros Estados de la definición de las transferencias internacionales de datos. En este sentido, y como hemos realizado anteriormente, al Real Decreto 1720/2007, en el que se define la transferencia internacional como la "transmisión

[48] Art. 2.b de la Directiva 95/46/CE.
[49] Art. 4.2 del Reglamento (UE) 2016/679.

de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos"[50].

En atención a todo lo expuesto, podemos concluir que, la conceptualización de las transferencias internacionales podría realizarse de la siguiente manera, toda formula por medio de la cual se comunique a una entidad localizada en un Estado externo a la Unión Europea, o en su caso al Espacio Económico Europeo, bien se realice con el objeto de que la receptora ocupe la posición de responsable o encargado de datos.

5. REGLA GENERAL APLICABLE A LAS TRANSFRENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS PERSONALES.

5.1. La Directiva 95/46/CE.

La regulación de las condiciones necesarias para el mantenimiento de los flujos transfronterizos de datos personales en Europa no comienza con la Directiva 95/46/CE. El mantenimiento de los flujos transfronterizos motivó los trabajos que dieron lugar a las Directrices de la OCDE, cuya redacción ponía de manifiesto la vinculación existente entre la preocupación por la protección de datos y por el mantenimiento de los flujos transfronterizos para mantener el comercio internacional. Tanto las Directivas de la OCDE como el Convenio nº 108, son precedentes claros a la redacción de la Directiva, por lo que las previsiones realizadas en estos dos documentos normativos deberán ser tenidos en cuenta para la interpretación de la regulación dada a las transferencias a terceros Estados en la Directiva 95/46/CE.

Los dos instrumentos internacionales citados, las Directrices de la OCDE y el Convenio nº 108, hacen referencia a la necesidad de contar con una protección equivalente a la protección de datos entre los Estados que toman parte en la transferencia[51]. La regulación propuesta por estos instrumentos hace referencia a la equivalencia, lo que tiene sentido en estos documentos, pues tratan de regular y facilitar la transferencia transfronteriza de datos personales entre los Estados miembros de la organización o adheridos al convenio, pero los

[50] Art. 5.1.s Real Decreto 1720/2007.
[51] Parte tres. Numeral 17. Directrices de la OCDE, y Art. 12.3 del Convenio nº 108.

instrumentos mediante los que se realiza no son de implementación obligatoria en la legislación nacional de los Estados[52]. Por tanto, parece lógico que dichos instrumentos exijan de sus miembros una protección en consonancia con el texto que les vincula, para poder beneficiarse de las facilidades a las transferencias transfronterizas en ellos previstas.

Sin embargo, en la incorporación de esta idea de la transferencia libre en caso de existir una protección equivalente en el Estado de destino, el legislador de la Directiva 95/46/CE optó por cambiar el concepto central, de equivalencia a adecuación. Esta modificación tiene su fundamento en la distinta fuerza vinculante de los documentos. Cuando nos referimos a las Directrices de la OCDE o al Convenio nº 108, no estamos ante documentos cuya transposición o adopción por sus miembros sea obligatoria, sin embargo, la Directiva 95/46/CE requiere su transposición a la legislación nacional de los Estados de la Unión. Es por esto que la Directiva 95/46/CE reserva la garantía de tratamiento equivalente a la protección existente en los Estados de la Unión[53], creándose una ficción jurídica de equivalencia que facilita las transferencias entre ellos[54], pues no se consideran transferencias internacionales de datos, pese a que como ya hemos expuesto, la regulación de la protección de datos en los distintos Estados de la Unión continuo sin ser homogénea hasta la aprobación del Reglamento.

Esta diferenciación entre el requerimiento de una protección equivalente o adecuada en el Estado de destino de la transferencia es fundamental para determinar qué estamos buscando en la legislación extranjera, y para saber cuál es el nivel de protección que debemos observar en el Estado de destino. En la transposición de la directiva a la legislación española, el legislador recupero el concepto de equivalencia, estableciendo que no se podrán realizar transferencias internacionales de datos, como regla general, a aquellos "países que no

[52] Cerda Silva, A., "El "Nivel Adecuado de Protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Núm. XXXVI. 1º Semestre, 2011. (disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100009 ; última consulta: 30/29/2019) p. 330 - 331.

[53] "Considerando que, para eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas, por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos, debe ser equivalente en todos los Estados miembros*"* Considerando 8 de la Directiva 95/46/CE.

[54] "El "Nivel Adecuado de Protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea." Cit. p.335 - 336

proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley"[55]. Estos intercambios entre una y otra legislación no nos deben hacer pensar que la protección equivalente es igual a la protección adecuada. Cuando se habla de una protección equivalente, se hace referencia a una protección prestada por medio de las mismas herramientas y con los mismos objetivos en ambos Estados; mientras que, cuando nos atenemos a la observancia de una protección adecuada, lo que se busca es una protección final similar, perdiendo relevancia las fórmulas por las que se consigue la protección requerida[56]. Esta modulación de las exigencias necesarias en las transferencias a terceros Estados evita que se traten de imponer los estándares europeos de protección a nivel global[57].

La Directiva 95/46/CE, en su Art. 25, establece el principio que debe regir en las transferencias a terceros Estados. Las transferencias a terceros Estado "únicamente" podrán realizarse cuando "el país tercero de que se trate garantice un nivel adecuado". Por tanto, se establece como regla general la prohibición de las transferencias a terceros Estados y el reconocimiento de un nivel de protección adecuado constituye una suerte de primera excepción a la regla general[58]. Al no recurrir a la equivalencia, debemos prestar especial atención a los requisitos necesarios para observar la existencia de un nivel adecuado de protección. El Art. 25.2 de Directiva 95/46/CE prevé que se deberá atender a "todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias". El

[55] Art. 33.1 LOPD 15/1999

[56] "Although adequacy and equivalence are discussed here jointly, these terms do not necessarily mean the same thing. Equivalence implies the assessment of a level of objective similarity between two regulations, both in terms of the tools used and the objectives or outcomes of the regulation. Adequacy, in turn, can be more flexible as it implies agreeing on a common outcome but allowing for different tools to be used to meet this outcome" Casalini, F., y Lopez Gonzalez, J., "Trade and cross-border data flows. Trade and cross-border data flows*"* *OCDE.* Ref.: TAD/TC/WP(2018)19/FINAL, 2018. (disponible en WEB: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC/WP(2018)19/FINAL&docLanguage=En ; última consulta: 28/09/2019)

[57] "El "Nivel Adecuado de Protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea." Cit. p.334

[58] "En particular, para preservar los efectos del régimen que establecía, impuso la prohibición general de transferir datos personales fuera de cualquier país de la Unión Europea (U.E.), a un país «tercero» por tanto, siendo una de las excepciones más relevantes que el país tercero de destino garantizara un nivel adecuado de protección" Álvarez Rigaudias, C., "Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección." *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez).* Nº 12. Diciembre 2005. (disponible en web: http://vlex.com/vid/transferencias-internacionales-nivel-adecuado-286641 ; última consulta: 29/09/2019) p. 19
Además, hemos de tener en cuenta que, en caso de que no se observe un nivel de protección no adecuado, la Directiva 95/46/CE, prevé la toma de una posición activa en la prohibición de las transferencias a dicho tercer Estado, en el Art 25.4 de la Directiva 95/46/CE.

Art. 25.2, enumeran tres criterios a tener en cuenta en la evaluación: "naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento". Pero para tener un conocimiento completo de cuáles son los criterios que deberán tenerse en cuenta en la evaluación tendremos que recurrir a los documentos publicados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, pues a este Grupo de Trabajo se le reserva el cometido de emitir un informe sobre la adecuación del marco legislativo del tercer Estado de forma previa a la decisión de la Comisión[59]. En concreto recurriremos a los documentos WP 4 y WP 12, publicados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29[60]. El WP 4 deja claro que "cualquier análisis significativo de la protección adecuada debe comprender dos elementos básicos: el contenido de las normas aplicables, y los medios de garantizar su aplicación efectiva"[61]. El establecimiento de estos dos elementos obedece a la necesidad de comprobar, tanto la existencia de una protección adecuada, sino su aplicación efectiva, contando el titular de los datos personales con un sistema de protección real[62].

La evaluación del contenido de las normas aplicables se centra en la comprobación de la existencia de un núcleo de contenido mínimo compuesto por los siguientes principios: "limitación de objetivos", "principio de proporcionalidad y calidad de datos", "principio de transferencia", "principio de seguridad", derechos ARCO[63] y "restricciones respecto a transferencias sucesivas a otros Estados"[64] Por su parte, en cuanto a la comprobación de la

[59] Art. 30.1.b de la Directiva 95/46/CE.

[60] Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. Adoptado el 26 de junio de 1997. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1997/wp4_en.pdf ; última consulta: 27/09/2019)
Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE, adoptado el 24 de julio de 1998. (DG XV D/5025/98 WP12) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp12_en.pdf ; última consulta: 27/09/2019)

[61] Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4). Cit p. 6.

[62] "*Sin embargo, las normas de protección de datos sólo contribuyen a la protección de las personas físicas si efectivamente se cumplen en la práctica. Por ello es necesario considerar no sólo el contenido de las normas aplicables a los datos personales transferidos a un tercer país, sino también el sistema utilizado para asegurar la eficacia de dichas normas."* Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p. 5.

[63] Los derechos ARCO, hacen referencia a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición del titular de los datos, respecto de los datos personales tratados y su tratamiento.

[64] Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p. 6-7, y Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4) Cit p. 6 – 7.

aplicación efectiva, el Grupo de Trabajo determina que en primer lugar se deberán "distinguir los objetivos de un sistema normativo de protección de datos, y sobre esta base, juzgar la variedad de diferentes mecanismos de procedimiento judiciales y no judiciales utilizados en terceros países."[65]. Los objetivos que se deberán de observar en el sistema de protección de datos son: el nivel de cumplimiento de las obligaciones normativas, para lo que será esencial que responsables e interesados conozcan sus obligaciones y derechos; la existencia de un sistema de "apoyo y asistencia a los interesados en el ejercicio de sus derechos", gracias al cual el titular de los datos deberá poder ejercer sus derechos de forma fácil, rápida y sin costes excesivos, así como la existencia de una autoridad que investigue de forma independiente las denuncias de los titulares y, por último; establecer "vías adecuadas de recurso" que permitan al perjudicado reclamar ante el incumplimiento de las obligaciones en protección de datos, estableciéndose sistemas sancionadores y de indemnización a los titulares de los datos, por los posibles daños causados[66].

La evaluación del marco jurídico de terceros Estados se ha realizado sobre estos elementos en todas las decisiones de adecuación adoptadas por la Comisión Europea durante la vigencia de la Directiva 95/46/CE. Esto no significa que concurran la totalidad de los elementos expuestos en los marcos legislativos extranjeros determinados como adecuados, el Grupo de Trabajo preveía las listas de contenido mínimo expuestas como un "punto de partida" que debería adaptarse a cada caso de estudio[67]. La flexibilidad aplicada la podemos comprobar en las decisiones finales de adecuación publicadas por la Comisión Europea. En concreto, y a modo de ejemplo, podemos citar las dudas manifestadas por el Grupo de Trabajo y recogidas por la Comisión en la decisión de adecuación de Argentina, referentes a la vinculación de su organismo de control de la protección de datos al "Ministerio de Justicia

[65] Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p. 7

[66] Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p. 7 – 8, y Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4) Cit.p. 7- 8.

[67] Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4) Cit. p. 6.

Derechos Humanos"[68], y las deficiencias encontradas en el control a las transferencias a terceros Estados tras la transferencia de datos a Nueva Zelanda[69].

5.2. **El Reglamento General de Protección de Datos.**

Uno de los grandes cambios introducidos por el Reglamento General de Protección de Datos, se establece respecto a la regla general de las transferencias internacionales de datos. Las modificaciones se pueden resumir en tres: la decisión de adecuación ya no ocupa la posición central en la regulación de las transferencias de datos, se eliminan los requisitos burocráticos que pesaban sobre las transferencias internacionales de datos a terceros países aun cuando contaban con una decisión de adecuación a su favor y, por último, se amplían los elementos a tener en cuenta en la evaluación del marco legislativo del tercer Estado.

En primer lugar, la redacción del Reglamento separa claramente lo que denomina "principio general de las transferencias"[70], de la regulación que da a las "transferencias basadas en una decisión de adecuación"[71]. De esta forma el legislador se aleja de la redacción establecida en la Directiva 95/46/CE, optando por una mucho más abierta y flexible, en la que el mantenimiento de un nivel mínimo de protección sigue siendo el elemento clave en las transferencias, pero en el que la adecuación ya no es la regla general. El Art. 44 del Reglamento establece que, para llevar a cabo transferencias a terceros Estados se deberán de observar las obligaciones dispuestas en el propio Reglamento "a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado". A este cambio debemos de sumar el aumento de sujetos a los que se puede reconocer un nivel de adecuación suficiente, que según la redacción actual serán, un "tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización

[68] Dictamen 4/2002 sobre el nivel de protección de datos personales en Argentina, adoptado el 3 de octubre de 2002. (11081/02/ES/Final WP63) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp63_en.pdf ; última consulta: 28/09/2019) p. 14

[69] "*Although the Working Party does not consider that New Zealand law complies fully with the onward transfer principle, it does not believe that there is a major shortfall or that this needs to stand in the way of an 'adequacy' finding*." Opinion 11/2011 on the level of protection of personal data in New Zealand, adopted on 4 April 2011. (00665/11/EN WP 182) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp182_en.pdf ; última consulta en :27/09/2019)p. 10

[70] Art. 44 del Reglamento (UE) 2016/679.

[71] Vid. Art. 45 del Reglamento (UE) 2016/679.

internacional de que se trate"[72], mientras que la directiva limitaba el reconocimiento a los Estados. Respecto a este aumento de los sujetos a los que se puede reconocer adecuación, debido a que el Reglamento entro en vigor hace poco más de un año y que bajo su vigencia únicamente se ha producido el reconocimiento de adecuación de un Estado[73], no contamos con precedentes que nos permitan analizar la relevancia de esta ampliación de sujetos. Pese a esto, y teniendo en cuenta la duración y las dificultades que conlleva alcanzar el reconocimiento de adecuación por los Estados[74], nos parece que la ampliación de sujetos quedará falta de aplicabilidad real.

En segundo lugar, al encontrarnos ahora con una norma que no ha de ser traspuesta a la legislación nacional de los Estados, es importante hacer referencia a la coletilla final del Art 45.1 del Reglamento. El literal de este artículo prevé, para las transferencias a Estados a los que se ha reconocido un nivel de protección adecuado, que "dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica." Esta previsión no debe entenderse como la exclusión de las autoridades de protección de datos nacionales de toda función que guarde relación con las decisiones de adecuación, ya que deberán colaborar en las funciones de "supervisión continuada" atribuidas a la Comisión en el artículo 45.4 del Reglamento[75]. La

[72] Vid. Art 45 del Reglamento (UE) 2016/679.

[73] Decisión de ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal. [notificada con el número C(2019) 304]. (DOUE 19 de marzo de 2019). (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019D0419 ; última consulta: 26/09/2019)

[74] Tomando como referencia la adopción de la decisión de adecuación de Japón, estamos ante una decisión que ha tardado dos años en ser adoptada y para la cual se han requerido cambios en la legislación del tercer Estado. Esfuerzos que sólo son recompensados por los compromisos de reconocimiento mutuo de adecuación. 4. Comunicado de prensa publicado por la Comisión Europea bajo el título "La Comisión Europea adopta una decisión de adecuación relativa a Japón, lo que crea la mayor área mundial de flujos de datos seguros", en Bruselas, 23 de enero de 2019. (IP/19/421) (disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-421_es.htm ; última consulta: 04/10/2019).

En el mismo sentido se manifiesta Gonzálo Domenech, que encuentra difícil que las organizaciones internacionales puedan cumplir con una evaluación de adecuación diseñada para la evaluación del marco legislativo de los Estados. Gonzálo Domenech, J. J., "Las decisiones de adecuación en el derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los Estados miembros." *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, marzo 2019. (disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4624/3084 ; última consulta: 29/09/2019) p. 357

[75] Debemos de tener en cuenta que, pese a que a partir de ahora se establecerán revisiones cíclicas de las decisiones de adecuación, esto no limita la obligación de supervisión continuada dispuesta por el art. 45.4 del Reglamento, obligación qué, cómo se establece en la decisión de adecuación publicada respecto a Japón, requerirá del apoyo de las autoridades nacionales, tal y como podemos comprobar en el fragmento de la decisión que reproducimos a continuación, "Además, a fin de que la Comisión pueda desempeñar eficazmente su función de seguimiento, los Estados miem-bros deben informarle de cualquier medida relevante adoptada

función de esta previsión es eliminar las obligaciones contenidas en algunas legislaciones nacionales que establecían procedimientos de autorización asociados a la realización de las transferencias internacionales, incluso cuando existía un reconocimiento de adecuación por la Comisión Europea.

En tercer lugar, atenderemos a los cambios introducidos en la regulación de las propias decisiones de adecuación y de la evaluación del marco legislativo del tercer Estado. El primer cambio que podemos identificar, a partir de la simple lectura del art. 45 del Reglamento, es la suma de nuevos elementos a tener en cuenta en la evaluación de la adecuación del marco legislativo del tercer Estado. El segundo apartado del art. 45 establece un listado exhaustivo de elementos a evaluar, en el que se ampliando significativamente el contenido de la Directiva 95/46/CE. Durante la vigencia de la Directiva 95/46/CE, el espacio que se evaluaba en las decisiones de adecuación se centraba en el marco aplicable a la protección de datos, sin embargo, en atención a los elementos fijados por el Reglamento, la evaluación que deberá realizarse examinará el conjunto de todo el marco legislativo del Estado en cuestión. No en vano, el primer apartado del Art. 45.2.a) del Reglamento se refiere a la evaluación del "Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Además de la nueva amplitud que ha de tener la evaluación, el Reglamento también eleva "la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes"[76] a requisito normativo de la evaluación. Para su adecuada aplicación, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 publicó una serie de documentos en los que adoptaba interpretaciones a la luz del nuevo texto del Reglamento. Entre estos documentos publicó el WP 254[77], que posteriormente ha sido adoptado por el Comité Europeo de Protección de Datos[78], y que en palabras de GONZALO DOMENECH, se procede a "modernizar los ya recogidos en el WP12, adaptándolos tanto a la actual legislación como a

por las autoridades de protección de datos («APD») nacionales, en particular en lo que respecta a las consultas o las reclamaciones de los interesados de la UE en relación con la transferencia de datos personales desde la Unión Europea a los operadores económicos en Japón." Considerando 178 de la Decisión de ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal. Cit.

[76] Art. 45.2.b) del Reglamento (UE) 2016/679.

[77] Adequacy Referential, adopted on 28 November 2017. (18/EN WP254 rev.01) (disponible en https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614108 ; última consulta 28/09/2019)

[78] Endorsement 1/2018, publicado por el Comité Europeo de Protección de Datos, el 25 de mayo de 2018. (disponible en https://edpb.europa.eu/node/89 ; última consulta: 30/09/2019).

la situación global respecto a la protección de datos"[79]. Por lo que podemos concluir que la nueva disposición relativa a la evaluación de adecuación tiene como finalidad ampliar el marco a evaluar, pero no realizar cambios significativos sobre el contenido de la evaluación, facilitando que las decisiones de adecuación ya adoptadas se mantengan vigentes tras la entrada en vigor del Reglamento.

Por último, pese a que no hemos querido adentrarnos en la revisión del procedimiento de aprobación de las decisiones de adecuación, nos parece relevante comentar el cambio que supone la limitación temporal de la vigencia de las decisiones de adecuación. El art. 45.3 del Reglamento contempla el establecimiento de revisiones periódicas de las decisiones de adecuación en las que podría cambiar el estatus otorgado a los terceros Estados. Estas revisiones se realizarán en periodos inferiores a los 4 años, revisiones que se aplicarán también a las decisiones adoptadas bajo la vigencia de la Directiva 95/46/CE, cuya vigencia continuará sin alteraciones hasta la primera fecha de su revisión, en las que podrán ser modificadas, sustituidas o derogadas[80], pues quedarán plenamente sometidas los procesos de evaluación tal y como se establecen en el Reglamento. Hasta ahora no se sometían a revisión las decisiones de adecuación adoptadas, por lo que es de esperar que aquellos Estados que ahora cuentan con decisiones de adecuación adapten su regulación a la protección dispuesta por el Reglamento europeo antes de que se realicen las primeras revisiones[81]. El período de tiempo ha transcurrir desde la publicación del Reglamento a la primera revisión parece tener como finalidad que los Estados que deseen mantener esta calificación de adecuados tengan tiempo suficiente para adaptar su regulación al Reglamento.

---

[79] "Las decisiones de adecuación en el derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los Estados miembros." Cit. p.357

[80] Art. 45.9 del Reglamento (UE) 2016/679.

[81] Si tenemos en cuenta la situación de incertidumbre acaecida tras la caída del acuerdo "*Privacy shield"*, no es de esperar que la Unión Europea se vea obligada a retirar la condición de adecuado a los Estados pero si que deba de instar a estos a realizar cambios bajo la amenaza de la retirada de la calificación de adecuado. La situación creada por la declaración de invalidez del acuerdo original con EE.UU, es tratada por, López Lapuente, L., "Las transferencias de datos a EE.UU.: La transición del Safe Harbor al Privacy Shield y un paso más allá." *Actualidad Jurídica Uría Menéndez.* Nº 45, 2017. p. 36 -38 (disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5315/documento/art03.pdf?id=6965 ; última consulta: 30/09/2019)

6. EL RECURSO A LAS GARANTÍAS ADECUADAS COMO ALTERNATIVA A LA REGLA GENERAL.

6.1. El establecimiento de garantías suficientes como excepción.

El recurso a las decisiones de adecuación como método preferente de garantizar el mantenimiento de la protección de datos del titular durante la vigencia de la Directiva 95/46/CE, no evitó que la utilización de otras fórmulas de establecimiento de garantías suficientes a la protección fuesen fuertemente requeridas por el entramado empresarial europeo. Como hemos establecido anteriormente, la Directiva 95/46/CE mostraba claramente su preferencia hacia la obtención de decisiones de adecuación, pero el legislador incluyó también, mediante una excepción, la posibilidad de recurrir a "garantías suficientes respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos"[82]. La Directiva 95/46/CE prevé la posibilidad de que las autoridades nacionales de protección de datos puedan articular procedimientos mediante los que autorizar el recurso a instrumentos ad hoc que establezcan garantas suficientes, así como, en el caso de las cláusulas contractuales, el propio art. 26.4 de la Directiva 95/46/CE prevé la posibilidad de que se publiquen decisiones por la Comisión Europea que aprueben modelos de cláusulas contractuales tipo.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su documento WP 12, hacía referencia a la existencia de una corriente de pensamiento anterior a la Directiva 95/46/CE, que fomentaba el recurso a los contratos como fórmula de regular las transferencias internacionales, corriente a la que, según el propio documento, se fueron sumado nuevos apoyos[83]. Por su parte, la redacción de la Directiva 95/46/CE muestra claramente la preferencia hacia el uso de las cláusulas contractuales[84]. Esto no impidió que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 explorará la posibilidad de recurrir a otras fórmulas de autorregulación mediante las que

[82] Art. 26.2 de la Directiva 95/46/CE.

[83] "La idea de utilizar un contrato para regular las transferencias internacionales de datos personales no proviene, evidentemente, de la Directiva. Ya en 1992, el Consejo de Europa, la Cámara de Comercio Internacional y la Comisión Europea iniciaron conjuntamente un estudio del tema.7 Más recientemente, un número creciente de expertos y analistas, inspirados quizá por la referencia explícita de la Directiva, han comentado el uso de contratos en estudios y artículos." Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE. (DG XV D/5025/98 WP12). Cit. p.16

[84] Entendemos que muestra de ello es que prevea la posibilidad de establecer cláusulas contractuales tipo, lo que ayudaría a establecer una formula estandarizada de utilizar la excepción. Art. 26.4 de la Directiva 95/46/CE.

permitir las transferencias internacionales de datos. Esto resulto en la creación a partir de códigos de conducta sectoriales, en lo que más adelante se conocería como normas corporativas vinculantes[85]. Es llamativo la evolución sufrida por una solución que, en un principio se plantea como una excepción a la regla general, acaba dando paso al desarrollo de un nuevo instrumento jurídico, como las normas corporativas vinculantes.

El recurso a los instrumentos alternativos de disposición de garantías adecuadas por medio de instrumentos ad hoc, crece con el paso del tiempo por la necesidad de dar respuesta a las crecientes necesidades de un mercado que evolucionaba a un ritmo mayor que el número de decisiones de adecuación tomadas por la Comisión Europea[86].

Con el desarrollo y aprobación del Reglamento, el legislador reconoce el papel que ha jugado el recurso a esta excepción en el mantenimiento de los flujos transfronterizos de datos, es por ello que ha modificado la regla general para alejarse de la preferencia a las decisiones de adecuación[87], sin embargo, pese a dejar de constituir una excepción, al contrario de la redacción de la Directiva 95/46/CE que no establecía una lista ni abierta ni cerrada de instrumentos por los que presentar garantías adecuadas, el Reglamento, en su Art. 46 prevé una lista cerrada, por la cual únicamente se podrán presentar garantías suficientes mediante cláusulas contractuales, normas corporativas vinculantes, códigos de conducta y mecanismos de certificación.

6.2. **Las cláusulas contractuales como garantía adecuada.**

[85] En fecha 24 de mayo de 2018, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 publicó un listado de 132 grupos empresariales que a dicha fecha contaban con normas corporativas vinculantes, cuyo proceso de aprobación estaba concluido.

[86] "(4) El apartado 2 del artículo 26 de la Directiva 95/46/CE, que ofrece flexibilidad para una entidad que desee transferir datos a terceros países, y el apartado 4 del mismo artículo, que establece cláusulas contractuales tipo, son esenciales para mantener el necesario flujo de datos personales entre la Comunidad Europea y terceros países sin imponer cargas innecesarias a los operadores económicos. Ambos artículos cobran especial importancia en vista de la escasa probabilidad de que la Comisión adopte resoluciones de adecuación de conformidad con el apartado 6 del artículo 25 para numerosos países a corto o incluso medio plazo." Cuarto considerando de la Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en le Directiva 95/46/CE [notificada con el número C(2001) 1539] (2001/497/CE).

[87] Pese a que, como hemos visto el art. 44 del Reglamento no establece preferencias entre las decisiones de adecuación y la utilización de instrumentos que dispongan garantías adecuadas, no podemos pasar por alto el hecho de que el Art 46 del Reglamento comienza diciendo "A falta de decisión con arreglo al artículo 45*"*.

La regulación del contenido de las cláusulas contractuales mediante las que se establecen garantías suficientes bajo las que realizar transferencias internacionales no ha cambiado significativamente con la aprobación del Reglamento. En este sentido los cambios a los que podríamos hacer referencia, entre la regulación dispuesta por la Directiva 95/46/CE y el Reglamento, recaen en el proceso de autorización de su utilización, y en la previsión contenida en el art. 46.2 del Reglamento, por la cual, se eliminan las obligaciones de obtener autorizaciones previas de ninguna autoridad en protección de datos cuando se utilicen las cláusulas contractuales tipo aprobadas por la Comisión Europea para regular la transferencia. Obligación de autorización previa que sólo se mantiene, cuando nos encontramos con clausulados de creación propia por parte de los sujetos de la relación contractual[88]. Respecto a las obligaciones de contenido de las cláusulas contractuales, el Reglamento no ha incluido un artículo regulador del contenido a tener en cuenta en la redacción de clausulados contractuales, por lo que para determinar los elementos que han de reflejarse en el contrato, con objeto de que el mismo constituya garantía adecuada, deberemos tener en cuenta los modelos de cláusula tipo publicados por la Comisión Europea y los documentos publicados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29.

En la actualidad, la Comisión Europea ha publicado tres modelos de cláusulas contractuales tipo. Dos de ellos, se dirigen a la regulación de las transferencias realizadas entre responsables de tratamiento[89], mientras que el tercero se ocupa de regular las relaciones entre encargado y responsable[90]. La convivencia distintos modelos en función de los sujetos entre los que se realizará la transferencia, se debe al distinto objeto de la realización de las transferencias a uno y otro sujeto. Las transferencias entre responsables suponen que el

[88] Art. 46.3 del Reglamento (UE) 2016/679.

[89] Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en le Directiva 95/46/CE [notificada con el número C(2001) 1539] (2001/497/CE). (DOUE, de 4 de julio de 2001). (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001D0497 ; última consulta 04/10/2019)
Decisión de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países [notificada con el número C(2004) 5271] (2004/915/CE) (DOUE, 29 de diciembre de 2004). (disponible en https://www.aepd.es/media/decisiones/2004D0915-es.pdf ; última consulta: 04/10/2019).

[90] Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados de tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 65/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [notificada con el número C(2010) 593] (2010/87/UE)). (DOUE, 12 de febrero de 2010). (disponible en https://www.aepd.es/media/decisiones/2010D0087-es.pdf ; última consulta: 04/10/2019)

exportador ceda gran parte de su control sobre los datos cedidos, mientras que, en la transferencia a encargados del tratamiento, el responsable exportador de los datos sigue manteniendo plenamente las capacidades de decisión sobre las fórmulas, el tratamiento, los fines o las medidas de seguridad que se aplicarán a los datos. Uno de los elementos del contrato a los que afecta en mayor medida la participación de uno u otro sujeto como importador es la responsabilidad, como veremos más adelante.

Si tomamos como referencia el ya citado documento WP12 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en lo referente a la comprobación de la adecuación de las garantías que ha de tener un clausulado para poder autorizar bajo su aplicación transferencias internacionales de datos, nos encontramos con una evaluación de elementos similar a la realizada respecto del marco jurídico del tercer Estado en las decisiones de adecuación. Este documento divide la evaluación en dos, por un lado "normas sustantivas de protección de datos", centrado en la observancia de los principios de contenido fundamentales en el desarrollo del clausulado contractual y, por otro, "efectividad de las normas sustantivas", en el que, al igual que en la evaluación de la adecuación, se insta al establecimiento de vías fáciles y rápidas de reclamación para los interesados, que estos cuenten con un sistema de apoyo a la reclamación y a contar con un alto cumplimiento de las previsiones contractuales[91]. Si extrapolamos estos elementos, para compararlos con la redacción de las cláusulas tipo publicadas hasta hoy, comprobamos que; en referencia al establecimiento de "apoyo y asistencia a los interesados", las cláusulas contractuales tipo han optado por la inclusión de previsiones en las que el importador de datos se someta a una autoridad de control europea; o que, en referencia al "nivel satisfactorio de cumplimiento", optan por el establecimiento de auditorías. Pero todo esto no termina de solventar los riesgos que supone realizar una transferencia a un territorio al que se presume no adecuado conforme a los estándares europeos de protección, por lo que, el propio documento concluye que es necesario "fijar minuciosamente la finalidad y las condiciones concretas del tratamiento al que se cometerán los datos transferidos"[92]. Este deber de adecuación a las transferencias concretas no ha impedido que se fijen los modelos

[91]. Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE. (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p. 18 – 22.
[92] Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE (DG XV D/5025/98 WP12) Cit. p.23

de cláusulas tipo, cuyo contenido no podrá ser modificado para adaptarse a los condicionamientos propios de la relación contractual[93].

A los elementos expuestos hasta ahora, se ha de incluir el reconocimiento de los terceros beneficiarios de forma expresa en el contrato. Este elemento surge como fórmula para prevenir las inconsistencias del tratamiento de la figura del tercero beneficiario a lo largo de las distintas legislaciones, y así garantizar mediante la incorporación al contrato la posibilidad de que interesado pueda exigir el cumplimiento de las cláusulas del contrato[94].

6.2.1. La responsabilidad de las partes en un contrato de transferencia internacional de datos personales.

Cuando hablamos de la responsabilidad en ese epígrafe, lo primero que tenemos que tener en cuenta es, que las cláusulas que establecen garantías suficientes a la transferencia internacional de datos, tratan única y exclusivamente las condiciones en las que deberá realizarse esa transferencia y por tanto, quedan separadas del resto del contrato. Por tanto, se establece una responsabilidad derivada de su incumplimiento independiente de la responsabilidad derivada de incumplimiento del resto del contrato. En esta situación, lo segundo a lo que debemos prestar atención es a las diferencias que se establecen en función de si nos encontramos con un contrato entre responsables del tratamiento, o entre un responsable y un encargado. Para exponer las diferencias entre una y otra relación contractual deberemos tomar como referencia los modelos de cláusulas tipo.

Los contratos que vinculan a un responsable con un encargado del tratamiento mantendrán como responsable ante los titulares de los datos personales al responsable del tratamiento. Conviene ahora, para una mejor comprensión de la exposición que estamos realizando exponer la definición que de los sujetos que conformarían la relación contractual hace el Reglamento. El Art. 4.7 del Reglamento define el responsable del tratamiento como aquella "persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o

[93] La utilización de las cláusulas contractuales tipo, requiere que se utilice el modelo publicado por la Comisión Europea sin alterar en ningún aspecto su contenido. Esta obligación la podemos encontrar en la Cláusula 11 del modelo publicado de referencia (2001/497/CE), Cláusula VII, del modelo de referencia (2004/915/CE), y en el modelo de referencia (2010/87/UE), la Cláusula 10.

[94] Considerando 16 de la Decisión de la Comisión (2001/497/CE)

junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento;". Mientras que, el encargado del tratamiento se define como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento"[95]. Por tanto, los encargados de tratamiento actúan en todo momento en cumplimiento de las indicaciones dadas por el responsable. La subordinación ante las órdenes dadas por el responsable se traslada a la responsabilidad frente a los terceros beneficiarios, que solo podrán acudir directamente contra el encargado de tratamiento cuando el responsable haya "desaparecido de facto, cesado de existir jurídicamente o ser insolvente"[96].

Las cláusulas contractuales tipo que regulan las transferencias entre responsables de tratamiento, debido a que nos encontramos con una relación entre sujetos que tendrán capacidad de decisión sobre las acciones llevadas a cabo en el tratamiento de datos, cuentan con dos opciones distintas de establecer la responsabilidad frente a terceros. El primer modelo de cláusulas contractuales publicado por la Comisión en 2001[97], establecía un régimen de responsabilidad solidaria entre las partes frente a terceros beneficiarios[98]. El establecimiento de este régimen de responsabilidad atendía al objeto de "reducir las dificultades prácticas"[99] que pudieran padecer los interesados a la hora de identificar el sujeto ante el que presentar acciones. El segundo modelo de cláusulas tipo en las transferencias entre responsables, publicado en 2004[100], cambió este modelo de responsabilidad hacia un modelo de "responsabilidad basado en la obligación de diligencia debida"[101]. Esta nueva alternativa surge en atención a las propuestas de cláusulas contractuales realizadas por asociaciones empresariales, tal y como recoge la propia Decisión de la Comisión en la que se aprueba el nuevo modelo de cláusulas tipo[102]. En el documento WP 84, publicado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, se reconoce que el régimen de responsabilidad solidaria

[95] Art. 4.8 del Reglamento (UE) 2016/679.
[96] Cláusula 6 "Responsabilidad", de las Cláusulas Contractuales Tipo fijadas en la Decisión (2010/87/UE).
[97] Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en le Directiva 95/46/CE [notificada con el número C(2001) 1539] (2001/497/CE).
[98] Cláusula 6 "Responsabilidad", de las Cláusulas Contractuales Tipo fijadas en la Decisión (2001/497/CE).
[99] Considerando 18, de las Cláusulas Contractuales Tipo fijadas en la Decisión (2001/497/CE).
[100] Decisión de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países [notificada con el número C(2004) 5271] (2004/915/CE)
[101] Considerando 5 de las Cláusulas Contractuales Tipo fijadas en la Decisión (2004/915/CE).
[102] La comisión se hace eco de esta situación en el Considerando 2 de la Decisión (2004/915/CE).

puede estar limitando la participación de operadores en el flujo transfronterizo de datos, al ser un régimen de responsabilidad especialmente gravoso[103]. Por tanto, con este nuevo modelo de responsabilidad se reparte, entre las partes del contrato, la responsabilidad conforme al cumplimiento de las obligaciones de cada una[104]. Para que esta fórmula de responsabilidad sea posible, el exportador deberá comprobar la solvencia del importador, así como obtener el compromiso del importador de responder ante acciones interpuestas en territorio europeo, entre otras obligaciones, ya que, en caso de que el importador no hubiera sido elegido con suficiente cuidado, y esto derive en daños para el titular de datos, el exportador será susceptible de responder por "culpa in eligendo"[105], tal y como se refleja en el propio modelo de cláusulas tipo, al establecer que el tercero beneficiario podrá actuar contra el responsable cuando " no haya realizado esfuerzos razonables para determinar si el importador de datos es capaz de cumplir las obligaciones jurídicas que le incumben en virtud de las cláusulas"[106] De esta forma se trata de paliar los riesgos que puede suponer para el tercero beneficiario este cambio en el modelo de responsabilidad establecido en las cláusulas contractuales tipo, ya que, como se expone en el WP 84, "lo importante no es si el exportador y el importador de datos son o no responsables solidarios, sino si las personas disponen de los medios necesarios para ejercer los derechos de terceros beneficiarios y obtener una indemnización en caso de daños."[107]

6.3. **De la creación a la regulación de las normas corporativas vinculantes.**

[103] "El Grupo de trabajo es consciente de que la «responsabilidad solidaria» se considera un régimen oneroso que puede disuadir a algunos responsables del tratamiento de utilizar las cláusulas contractuales tipo, en las que, de no ser así, estarían realmente interesados. Si solucionando esta cuestión se logra que aumente significativamente el uso de las cláusulas contractuales tipo por parte de los operadores, no habría ningún problema en explorar otros enfoques posibles" Dictamen 8/2003 sobre el proyecto de cláusulas contractuales tipo presentado por un grupo de asociaciones empresariales (<<The alternativa model contract>>), adoptado el 17 de diciembre de 2003. (11754/03/ES WP 84). (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp84_en.pdf ; última consulta: 30/09/2019)

[104] "régimen de responsabilidad basado en la diligencia debida, en virtud del cual el exportador y el importador de datos responderían ante los interesados por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales respectivas" Considerando 5 de la Decisión de la Comisión Europea (2004/915/CE).

[105] Considerando 5 de la Decisión de la Comisión Europea (2004/915/CE).

[106] Clausula III.b) de la Decisión de la Comisión Europea (2004/915/CE).

[107] Dictamen 8/2003 sobre el proyecto de cláusulas contractuales tipo presentado por un grupo de asociaciones empresariales (<<The alternativa model contract>>). (11754/03/ES WP 84) Cit. p. 6

Las normas corporativas vinculantes se introducen de forma expresa en la legislación europea con la aprobación del Reglamento. El Reglamento las define como "las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta"[108]. Pese a la reciente positivación del instrumento en la legislación europea, las BCR llevan sobre la mesa desde 2003, siendo admitidas como una de las fórmulas acreditativas de la existencia de garantías suficientes que posibilitarían la transferencia de datos a terceros Estados, a los que no se ha reconocido un nivel de protección adecuado[109]. La utilización en la práctica de las normas corporativas vinculantes llevó a que en la propuesta de Reglamento de Protección de Datos publicada en 2012[110] ya se proyectara su regulación.

Las normas corporativas vinculantes surgen para dar respuesta a la problemática específica propia de los grupos empresariales multinacionales[111]. Estos grupos requieren, por ejemplo, hacer transferencias de datos pertenecientes a sus propios trabajadores entre sus sedes, por lo que tener que lidiar con las distintas legislaciones de los Estados en los que se encuentran, o recurrir al establecimiento de contratos internos entre las distintas sedes que regulen estas transferencias, constituye una problemática que requiere una solución especifica. Para dar respuesta a estos problemas, las normas corporativas vinculantes comenzaron su evolución como una herramienta limitada a la utilización en transferencias

[108] Art. 4.20 del Reglamento (UE) 2016/679.

[109]El Documento de Trabajo 74, publicado en 2003 por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 recogía la propuesta realizada por grupos empresariales multinacionales para articular una propuesta que, mediante códigos de conducta u otro instrumento similar, permitieran las transferencias internas de datos personales entre las entidades que conforman el grupo sin importar la localización geográfica de las mismas. Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protectión Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers, adopted on 3 June 2003. (11639/02/EN WP74) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp74_en.pdf ; última consulta: 29/09/2019)

[110] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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. Cit. En esta propuesta, la regulación de las normas corporativas vinculantes está contenida en el art. 43.

[111] Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protectión Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers. (11639/02/EN WP74) Cit. p.5

realizadas entre distintas entidades de un único grupo empresarial[112] A día de hoy y tras la aprobación del Reglamento, se cuenta con dos modelos de normas corporativas vinculantes posibles, las normas corporativas vinculantes en las que se realizan transferencias de datos desde un responsable a otro responsable o encargado de tratamiento, cuando ambos forman parte del mismo grupo empresarial, y, las normas corporativas vinculantes que atienden a las transferencias realizadas por un responsable del tratamiento europeo, que no forma parte del grupo, y que cede los datos personales a una sede o establecimiento del grupo localizado fuera de la Unión, para su tratamiento como encargado[113].

La formalización de las normas corporativas vinculantes y su contenido comenzó con la publicación del documento de trabajo "Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protectión Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers"[114] adoptado en 2003. A raíz de este documento, el Grupo de trabajo ha publicado otros muchos en los que ha ido estableciendo los requisitos de contenido necesarios para que sean aprobadas las normas corporativas vinculantes, con la finalidad de facilitar el trabajo de los redactores de estos instrumentos. Esta profusión expositiva por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29 responde a la complejidad de su elaboración, pues estamos ante un instrumento que ha de dar respuesta a varios supuestos de transferencia como responsable o como encargado, y para el que, al contrario que ocurre con las cláusulas contractuales, no contamos con un modelo tipo al que recurrir.

Cuando nos encontramos ante la tarea de elaborar un documento de normas corporativas vinculantes, tendremos que tener en cuenta los siguientes elementos "1) carácter

---

[112] "En cuanto a las NCV, que hasta la fecha se limitaban a los acuerdos entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, ahora pueden ser invocadas por uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, sin que estas tengan que pertenecer necesariamente al mismo grupo empresarial" Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. Bruselas, 10 de enero de 2017. (COM(2017) 7 final) (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&rid=2 ; última consulta 27/09/2019) p. 5

[113] Recio Gayo, M., "Normas Corporativas Vinculantes (BCRs): comentarios a los nuevos documentos de trabajo del GT29." *Diario La Ley. Sección Ciberderecho*. Nº 1, 2017. (disponible en http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzAwMTU7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDI0Mjtbz8lNQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAAD-GEkJjAAAAWKE ; última consulta 29/09/2019)

[114] Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers. (11639/02/EN WP74) Cit.

jurídicamente vinculante, tanto a nivel interno como externo; 2) efectividad; 3) deber de cooperación; 4) descripción de los flujos de tratamiento y datos personales; 5) mecanismos para reportar y registrar cambios, y 6) salvaguardias de protección de datos"[115]. Estos criterios de alguna forma resumen los contenidos que deberán ser reflejados en el texto de las normas corporativas vinculantes y, tras la publicación del Reglamento, también están contenidos de forma más exhaustiva y reflejando obligaciones concretas en el art. 47.

Respecto a este instrumento, cobra especial importancia la determinación de su fuerza vinculante[116] y procurar el mayor nivel de cumplimiento entre los trabajadores y distintas entidades del grupo empresarial[117], pues estamos ante la articulación de obligaciones unilaterales, de las que el propio sujeto será el garante de cumplimiento[118]. Dentro de las fórmulas establecidas para controlar el cumplimiento de las normas corporativas vinculantes a nivel interno se llega a recomendar el establecimiento de sistemas sancionadores con fines disuasorios como complemento a los programas de formación[119]. El artículo 47 del Reglamento también prevé la realización de auditorías a los componentes del grupo empresarial o la multinacional, que serán utilizadas para evaluar el cumplimiento y actualizar los protocolos dispuestos para la protección de datos[120].

---

[115] "Normas Corporativas Vinculantes (BCRs): comentarios a los nuevos documentos de trabajo del GT29." Cit.

[116] Art 47.1 del Reglamento (UE) 2016/679.

[117] "n) la formación en protección de datos pertinente para el personal que tenga acceso permanente o habitual a datos personales" Art 47.2 del Reglamento (UE) 2016/679.

[118] "The internal binding nature of the rules must be clear and good enough to be able to guarantee compliance with the rules outside the Community, normally under the responsibility of the European headquarters or the European member with delegated data protection responsibilities which must take any necessary measures to guarantee that any foreign member adjust their processing activities to the undertakings contained in the binding corporate rules." Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers. (11639/02/EN WP74) Cit. p. 11

[119] Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers. (11639/02/EN WP74) Cit. p. 11-12

[120] Art 47.2 del Reglamento (UE) 2016/679 "j) los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos incluirán auditorias de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas para proteger los derechos del interesado. Los resultados de dicha verificación deberían comunicarse a la persona o entidad a que se refiere la letra h) y al consejo de administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite;"

El Art. 47.1.b del Reglamento, también contempla que deberán atribuirse derechos al interesado en el texto de las normas corporativas vinculantes. Por último, apartado segundo del art. 47, introduce un listado exhaustivo con el contenido mínimo a reflejar en el texto de las normas corporativas vinculantes, en este listado se aunan los criterios que hasta ahora habían ido quedado reflejados en los múltiples documentos publicados por Grupo de Trabajo del Artículo 29[121]. En todo caso, tal y como ocurre en la creación propia de cláusulas contractuales para la regulación de transferencias internacionales de datos, el contenido de las normas corporativas vinculantes deberá de establecerse en atención de tratamiento que se vaya a realizar de los datos, no es suficiente con establecer previsiones genéricas, pues podrían quedar alejadas de la aplicación práctica. Si esto sucede, al tratarse en muchos casos de la aplicación de medidas que de otra forma serían extrañas para aquellos que las han de aplicar, pues no forman parte de la cultura de protección de datos de la legislación de los posibles Estados de destino, la falta de precisión podría facilitar su incumplimiento[122].

Entre los contenidos mínimos podemos destacar la responsabilidad ante los terceros beneficiarios, es decir el titular de los datos tratados. Al igual que en otros casos, la realización de transferencias no limitará "los derechos de los interesados en relación con el tratamiento y los medios para ejercerlos"[123]. El legislador no ha establecido exactamente como han de establecerse estos medios, pero sí que prevé el "derecho a obtener una reparación, y, cuando proceda, una indemnización por violación de las normas corporativas vinculantes"[124]. Estos medios por los que se articulará la responsabilidad de las entidades parte del grupo frente a los interesados, no eliminan la posibilidad de recurrir a las fórmulas

[121] "Con dicha actualización el GT29 deja claro, por una parte, que el art. 47 del Reglamento (UE) 2016/679 (LA LEY 6637/2016) se ha desarrollado a partir de sus documentos de trabajo en la materia y, por otra parte, que tanto las empresas que tuvieran que actualizar sus normas corporativas vinculantes, aprobadas actualmente, como las que fueran a adoptar normas corporativas vinculantes, deberán hacerlo considerando, al menos, los elementos previstos en el citado artículo.", en "Normas Corporativas Vinculantes (BCRs): comentarios a los nuevos documentos de trabajo del GT29." Cit.

[122] "*Having said that, it must be clear that these principles per se might mean very little for companies and employees processing personal data outside the Community, in particular in those counties where there is no data protection legislation in place and most probably no data protection culture whatsoever. These principles need to be developed an detailed in the binding corporate rules so that they practically and realistically fit with the processing activities carried out by the organisation in the third countries and can be understood and effectively applied by those having data protection responsabilities within the organisation*.", en Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers. (11639/02/EN WP74) Cit. p.14 – 15.

[123] Art 47.2.e) del Reglamento (UE) 2016/679.

[124] Art. 47.2.e) del Reglamento (UE) 2016/679.

tradicionales de ejercicio y reclamación de responsabilidades, sin quedar obligado a recurrir únicamente a las fórmulas internas de reclamación establecidas en la norma corporativa vinculante. La responsabilidad frente a titulares se mantendrá cargo de uno de los establecimientos europeos del grupo empresarial[125]. Esta sede será ante la que tendrá que rendir cuentas el responsable sobre la actividad llevada a cabo por la multinacional a lo largo de todas sus sedes, se localicen dentro del mercado interno o no, de esta forma se facilita el ejercicio de las acciones a los interesados, que de otra forma podrían ver su protección debilitada al incrementarse la dificultad para determinar la autoridad nacional ante la que comenzar las acciones pertinentes.

Por último, tenemos que comentar nuevamente que, a partir de la entrada en vigor del Reglamento, no será necesario contar con autorizaciones especificas a las transferencias realizadas en el marco de aplicación de las normas corporativas vinculantes que hayan sido adecuadamente aprobadas[126], todo ello en consonancia con la voluntad de agilización de las transferencias internacionales manifestada por el legislador[127].

6.4. **Los nuevos instrumentos acreditativos del establecimiento de garantías adecuadas.**

El Reglamento apuesta por la autorregulación de los operadores privados, para ello se abre a la utilización de los códigos de conducta, que ya contaban con una regulación específica en la Directiva 95/46/CE, y se añade la posibilidad de recurrir a mecanismos de certificación, como los sellos y marcas[128]. El recurso a estas nuevas fórmulas de acreditación de la concurrencia de garantías suficientes, se realiza con objeto de actualizar la protección en las transferencias internacionales, dando mayores facilidades en la adaptación a las nuevas

[125] "La aceptación por parte del responsable o del encargado del tratamiento establecidos en el territorio de un Estado miembro de la responsabilidad por cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro de que se trate no establecido en la Unión;" Art 47.2.f del Reglamento (UE) 2016/679.
[126] Art. 46.2 del Reglamento (UE) 2016/679.
[127] "Además, la reforma reduce los trámites burocráticos al suprimir las obligaciones generales de notificación previa a las autoridades de protección de datos y autorización por estas de las transferencias a terceros países basadas en CCT o NCV" Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. Bruselas. (COM(2017) 7 final) Cit. p. 5.
[128] Art. 46.2 del Reglamento (UE) 2016/679.

tecnologías y la globalización, y reduciendo las cargas administrativas, sin afectar negativamente a los flujos de datos[129]. La Comisión Europea prevé estos instrumentos como fórmulas que "brindan a la industria la posibilidad de introducir soluciones adaptadas a las exigencias de las transferencias internacionales, al tiempo que se beneficial de las ventajas competitivas que les otorgan, por ejemplo, los sellos o marcas de privacidad"[130]

La regulación de los códigos de conducta, se localizan en los artículos art. 40 y 41 del Reglamento. Nos resulta sorprendente que el art. 46.2 del Reglamento los prevea como instrumentos que permiten la acreditación de un nivel de protección adecuado en las transferencias de datos los códigos de conducta, ya que, como el propio art. 40 del Reglamento establece, los "códigos de conducta destinados a contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.". Este objeto de complementar la regulación existente es lo que llevo a que las normas corporativas vinculantes se desarrollaran como un instrumento independiente a los códigos de conducta. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 no recurre a los códigos de conducta, debido a la necesidad de contemplar detalladamente las condiciones y principios que deberán ser tenidos en cuenta en su aplicación en el tercer Estado, necesidad que no queda atendida cuando el objetivo del instrumento es simplemente complementar a la norma existente y aplicable[131].

[129] "De este modo, este nuevo instrumento jurídico vinculante y directamente aplicable tratará los siguientes aspectos[7]: - Modernizar el sistema jurídico de la UE para la protección de los datos personales y, en particular, afrontar los retos derivados de la globalización y del uso de las nuevas tecnologías;- Fortalecer los derechos de las personas y, al mismo tiempo, reducir las formalidades administrativas para asegurar el libre flujo de datos personales en la UE y fuera de ella; - Mejorar la claridad y coherencia de las normas de la UE referentes a la protección de datos personales para lograr una aplicación coherente y eficaz de este derecho fundamental en todos los ámbitos de actividad de la Unión." Viguri Corder, J. "Los mecanismos de certificación (Códigos de conducta, sellos y marcas)" en Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. (coord.) *Hacia un nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos.* Tirant lo Blanch, 2015. [Acceso a documento por BBDD TirantOnline: Documento TOL 5.189.782]

[130] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. (COM(2017) 7 fianl) Cit. p. 11-12

[131] "these principles need to be developed and detailed in the binding corporate rules so that they practically and realistically fit with the processing activities carried out by the organisation in the third countries and can be understood and effectively applied by those having data protection responsibilities within the organisation. From this perspective, the binding corporate rules may have something in common with the codes of conducts foreseen in Article 27 of the Directive in the sense that they are supposed to overcome the level of abstraction of the legislation" Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of

Los artículos 42 y 43 del Reglamento establecen la regulación de los mecanismos de certificación y los procedimientos de certificación. Al igual que ocurre con los códigos de conducta, no estamos hablando de instrumentos creados única y exclusivamente para tratar las condiciones en las que se realizarán las transferencias internacionales de datos, por lo que el Reglamento no establece qué criterios han de seguir, a efectos de poder constituirse como certificaciones suficientes que permitan las transferencias internacionales. El Comité Europeo de Protección de Datos anunció la publicación de una guía específica en la que se tratará la utilización de los mecanismos de certificación como herramienta de acreditación de la existencia de garantías adecuadas por el que se permita el establecimiento de transferencias internacionales[132], pero esta guía aún no ha sido publicada.

Los motivos por los que el legislador ha incluido estos instrumentos como opciones al establecimiento de garantías adecuadas a las transferencias internacionales puede estar en lo que señalaba VIGURI CORDER como uno de los problemas principales problemas asociados a la evolución de la sociedad de la información, la falta de confianza en los productos y servicios tecnológicos[133]. El mismo autor define los sellos como "mecanismos gráficos, fácilmente visibles, de aplicación meramente voluntaria, que muestran el cumplimiento con un código de conducta específico"[134]. Por lo que, la utilización de mecanismos de certificación, con sus sellos y las marcas asociados, como elementos visuales que son, tiene como uno de sus fines principales aumentar la confianza del consumidor en los procedimientos utilizados para tratar y garantizar sus datos[135], siendo posible que parte del interés del legislador en incluir este instrumento resida precisamente en esto, en crear sistemas que permitan crear mayor confianza en el interesado.

---

the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers, adopted on 3 June 2003. (11639/02/EN WP74). Cit. p.14.

[132] "The EDPB will publish separate guidelines to address the identification of criteria to approve certification mechanisms as transfer tools to third countries or international organisations in accordance with Article 42(2)." Guidelines 1/2018 on certification and identifying certification criteria in accordance with Articles 42 and 43 of the Regulation - version adopted after public consultation. (disponible en, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201801_v3.0_certificationcriteria_annex2_en.pdf ; Última consulta: 30/09/2019) p.7

[133] "Los mecanismos de certificación (Códigos de conducta, sellos y marcas)" Cit.

[134] "Los mecanismos de certificación (Códigos de conducta, sellos y marcas)" Cit.

[135] "El objetivo de tales instrumentos no es otro que promover la confianza, la seguridad y la transparencia de los consumidores en una actividad con soporte electrónico y de gran impacto visual. Concretamente, se busca atraer a través de este impacto la atención del consumidor o usuario.", en "Los mecanismos de certificación (Códigos de conducta, sellos y marcas)" Cit.

Otro de los atractivos del recurso a los mecanismos de certificación es, que a los mismos se podrán adherir entidades, que realicen funciones de encargados o responsables, a los que de otra forma no se les aplicaría el Reglamento[136], por lo que parece que la Unión Europea quiere crear a través de estos mecanismos unos estándares supranacionales de protección y transferencia de datos personales. Esta idea de crear instrumentos supranacionales es comentada por la propia Comisión Europea que juega con la idea de "desarrollar nuevos componentes de la infraestructura de cumplimiento de la UE, por ejemplo mediante la definición por parte de la Comisión de los requisitos y normas técnicas aplicables a la creación y funcionamiento de los mecanismos de certificación, incluidos los aspectos relacionados con las transferencias internacionales."[137].

La utilización de cualquiera de estos dos instrumentos como fórmula por la que establecer garantías adecuadas aún no cuenta con un desarrollo que permita comprobar si estos fines han sido colmados y, si el desarrollo previsto por medio de guías publicadas por el Comité Europeo de Protección de datos, o el desarrollo mediante decisiones de la Comisión Europea, ha permitido su utilización como formula sobre la que articular transferencias internacionales de datos, o si por el contrario, su incorporación ha quedado como algo anecdótico.

[136] Art 40.3 del Reglamento (UE) 2016/679.
[137] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. Bruselas. (COM(2017) 7 final) Cit. p. 12.

CONCLUSIONES.

1. La aprobación del Reglamento no ha supuesto modificaciones sustantivas en la regulación de las transferencias internacionales de datos. Con esto no estamos obviando los cambios que se han descrito en el presente trabajo referentes a la reducción de la burocracia relacionada con la realización de las transferencias, siempre y cuando estemos ante la utilización de instrumentos concretos, o la exclusión del establecimiento de garantías adecuadas de la lista de excepciones a la regla general. Cuando nos referimos a que no se han realizado cambios sustanciales respecto a la situación anterior a la entrada en vigor del Reglamento, nos referimos a que su redacción se centra más en positivizar la evolución sufrida durante la aplicación de la Directiva 95/46/CE, que en la creación, reconducción o modificación de la realidad surgida de la aplicación de la normativa anterior.

2. Respecto a los cambios dispuestos por el Reglamento referentes a las decisiones de adecuación, podemos realizar dos conclusiones contrapuestas. Por un lado, al ampliarse el marco jurídico a evaluar en las decisiones de adecuación de terceros Estados, prevemos mayores dificultades a la hora de adoptar decisiones favorables, pero por otro la eliminación de barreras burocráticas a la realización de transferencias constituye un elemento que favorecerá el aumento de flujos de datos.

Respecto a las mayores dificultades surgidas de la evaluación de un marco más amplio a evaluar, debemos esperar a que se publiquen nuevas decisiones de adecuación para poder determinar si esta ampliación de los elementos a tener en cuenta en el examen de adecuación de un marco jurídico extranjero permitirá una mayor flexibilidad, o si por lo contrario harán que sea más fácil perder la condición de adecuado o más dificultosa su obtención inicial. A esto se debe sumar que el mantenimiento de la condición de adecuación se someterá ahora a evaluaciones periódicas, lo que podría dar lugar a cambios en las decisiones de adecuación que, hasta ahora, centraban su principal atractivo en la estabilidad y la seguridad jurídica.

3. La regulación de los instrumentos mediante los que disponer garantías adecuadas, nos referimos en este punto a las cláusulas contractuales y las normas corporativas vinculantes, se centra en positivizar los trabajos que desde hace tiempo venían siendo realizados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29. Particularmente en el caso de las normas corporativas vinculantes, ya que las cláusulas contractuales siguen sin contar con un

articulado propio en el que se establezcan indicaciones sobre el contenido que mínimo que ha de ser dispuesto en ellas. Esto evidencia la apuesta del legislador por las normas corporativas vinculantes, de las que ha clarificado al detalle el contenido mínimo que deberán observar, a fin de facilitar su adopción. Por su parte, la preferencia del legislador respecto a las cláusulas contractuales parece ser mantener el control total de las mismas mediante la publicación clausulados tipo por la Comisión, ya que como hemos visto no se fomenta la redacción de clausulados propios por parte de los operadores.

4. Por último, como exponíamos en su momento, el legislador al dejar de tratar la utilización de instrumentos mediante los que disponer garantías adecuadas como una excepción, ha establecido una lista cerrada de instrumentos a utilizar. Entre ellos encontramos los códigos de conducta y los mecanismos de certificación. Los primeros no son una nueva inclusión a la protección de datos, pues en la Directiva 95/46/CE ya es preveía su regulación, si bien, sí es una novedad su utilización en las transferencias internacionales. La aplicación de estos nuevos instrumentos está aún por ser tratada por el Comité de Protección de Datos Europeo, por lo que aún no contamos con referencias formales que nos permitan prever cual será su impacto en las transferencias internacionales.

5. Dicho todo lo anterior, y como conclusión final, se puede concluir que, pese a la ausencia de cambios realmente profundos en la regulación de las formulas de transferencia de datos desde la Unión Europea, sí que podemos constatar la transferencia de la acción principal en la regulación de las transferencias hacia la iniciativa privada, es decir hacia el establecimiento y la utilización de instrumentos ad hoc mediante los que establecer garantías adecuadas, dejando el recurso a la obtención de decisiones de adecuación a los esfuerzos realizados desde la Unión por extender sus estándares de protección a otras zonas geográficas.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

1. Convenio nº108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. (BOE de 15 de noviembre de 1985).
2. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992)
3. 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. (DOUE, 23 del noviembre de 1995).
4. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE, de 14 de diciembre de 1999).
5. Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos. (BOE 16 de diciembre de 2000).
6. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (BOE, de 19 de enero de 2008)
7. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. C 326 de 26 de octubre de 2012)
8. 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). (DOUE, de 4 de mayo de 2016)
9. Details of Treaty NO. 223 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Estrasburgo, 10 de octubre de 2018. CETS No. 223 (disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223; última consulta: 04/10/2019).
10. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE, de 6 de diciembre de 2018)

2. OBRAS DOCTRINALES

1. Álvarez Rigaudias, C., "Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección." *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez).* Nº 12. Diciembre 2005. (disponible en web: http://vlex.com/vid/transferencias-internacionales-nivel-adecuado-286641 ; última consulta: 29/09/2019)
2. Bru Cuadrada, E., "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad." *Revista de Internet, Derecho y Política. Monográfico <<III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas>>* Núm. 5, 2007. p.78-92 (disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2372618 ; última consulta: 28/09/2019)
3. Casalini, F., y Lopez Gonzalez, J., "Trade and cross-border data flows. Trade and cross-border data flows*" OCDE.* Ref.: TAD/TC/WP(2018)19/FINAL, 2018. (disponible en WEB: https://doi.org/10.1787/b2023a47-en ; última consulta: 28/09/2019)
4. Castellanos Rodríguez, A., "El régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos personales. Especial mención al marco regulatorio Privacy Shield*." Working papers (Institut de Ciències Polítiques i Socials (Barcelona, Catalunya)); nº 350,* 2017. (disponible en https://www.recercat.cat/handle/2072/303863 ;última consulta: 26/09/2018)
5. Cerda Silva, A., "El "Nivel Adecuado de Protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Núm. XXXVI. 1º Semestre, 2011. (disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100009 ; última consulta: 30/29/2019) p. 327 – 356.
6. Dopazo Fraguío, P., "La protección de datos en el derecho europeo: principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente." *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 68, 2018. pp. 113 – 148 (disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6715242 ; última consulta: 26/09/2019)
7. Elvira Perales, A., "Sinopsis artículo 18. Constitución Española." Diciembre de 2003. Actualizado por última vez por González Escudero, A., enero de 2011. (disponible en línea:

http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2 ; última consulta: 28/09/2019)

8. Gonzálo Domenech, J. J., "Las decisiones de adecuación en el derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los Estados miembros." *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, marzo 2019. pp. 350-371 (disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4624/3084 ; última consulta: 29/09/2019)
9. López Lapuente, L., "Las transferencias de datos a EE.UU.: La transición del Safe Harbor al Privacy Shield y un paso más allá." *Actualidad Jurídica Uría Menéndez.* Nº 45, 2017. p. 36 -38 (disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5315/documento/art03.pdf?id=6965 ; última consulta: 30/09/2019)
10. Rallo Lombarte, A., "De la "Libertad Informática" a la constitucionalización de los nuevos derechos digitales (1978-2018)." *UNED. Revista de Derecho Político*, Núm. 100, 2017. pp.641 - 669(disponible en línea: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6238884&orden=0&info=link; última consulta: 27/09/2019)
11. Recio Gayo, M., "Normas Corporativas Vinculantes (BCRs): comentarios a los nuevos documentos de trabajo del GT29." *Diario La Ley. Sección Ciberderecho.* Nº 1, 2017. (disponible en http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzAwMTU7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDI0Mjtbz8lNQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAAD-GEkJjAAAAWKE ; última consulta 29/09/2019)
12. Sancho Villa, D., "Protección de datos personales y transferencia internacional: cuestiones de Ley aplicable." *Revista jurídica de Castilla y León.* Nº 16, 2008p.401-446. (disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3058096 ; última consulta 27/09/2019)
13. Viguri Corder, J. "Los mecanismos de certificación (Códigos de conducta, sellos y marcas)" en Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. (coord.) *Hacia un nuevo Derecho*

Europeo de Protección de Datos. Tirant lo Blanch, 2015. [Acceso a documento por BBDD TirantOnline: Documento TOL 5.189.782]

14. "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.". Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 23 de septiembre de 1980. (disponible en https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm; última consulta: 28/09/2019)
15. " Chart of signatures and ratifications of Treaty 108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data." (disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=Rn8KqFkN; última consulta: 26/09/2019)
16. "Comunicado de prensa publicado por la Comisión Europea bajo el título "La Comisión Europea adopta una decisión de adecuación relativa a Japón, lo que crea la mayor área mundial de flujos de datos seguros", en Bruselas, 23 de enero de 2019. (IP/19/421) (disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-421_es.htm ; última consulta: 04/10/2019)

3. DOCUMENTOS PUBLICADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA.

1. Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en le Directiva 95/46/CE [notificada con el número C(2001) 1539] (2001/497/CE). (DOUE, de 4 de julio de 2001). (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001D0497 ; última consulta 04/10/2019)
2. Decisión de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países [notificada con el número C(2004) 5271] (2004/915/CE) (DOUE, 29 de diciembre de 2004). (disponible en https://www.aepd.es/media/decisiones/2004D0915-es.pdf ; última consulta: 04/10/2019).

3. Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados de tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 65/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [notificada con el número C(2010) 593] (2010/87/UE). (DOUE, 12 de febrero de 2010). (disponible en https://www.aepd.es/media/decisiones/2010D0087-es.pdf ; última consulta: 04/10/2019).
4. EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bruselas, 3 de marzo de 2010. COM(2010) 2020 final. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020 ; última consulta: 29/09/2019)
5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Agenda Digital para Europa.. Bruselas, 19 de mayo de 2010. COM(2010)24 5 final. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245#footnote25 ; última consulta: 28/09/2019)
6. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos). COM(2012) 11 final. Bruselas, 25 de enero de 2012. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:ES:PDF ; última consulta: 04/10/2019)
7. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. Bruselas, 10 de enero de 2017. (COM(2017) 7 final) (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0007&rid=2 ; última consulta 27/09/2019)
8. Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. (STCE nº 108), Bruselas, 5 de junio de 2018. COM (2018) 449 final – 2018/0237 (NLE) (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0449; última consulta: 04/10/2019)

9. Decisión de ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal. [notificada con el número C(2019) 304]. (DOUE 19 de marzo de 2019) (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019D0419 ; última consulta: 26/09/2019)

4. DOCUMENTOS DEL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29

1. Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros – Posibles formas de evaluar la adecuación. Adoptado el 26 de junio de 1997. (WV D/5020/97 – ES 2 WP4) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1997/wp4_en.pdf ; última consulta: 27/09/2019)
2. Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE, adoptado el 24 de julio de 1998. (DG XV D/5025/98 WP12) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp12_en.pdf ; última consulta: 27/09/2019)
3. Dictamen 4/2002 sobre el nivel de protección de datos personales en Argentina, adoptado el 3 de octubre de 2002. (11081/02/ES/Final WP63) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp63_en.pdf ; última consulta: 28/09/2019)
4. Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for international Data Transfers, adopted on 3 June 2003. (11639/02/EN WP74) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp74_en.pdf ; última consulta: 29/09/2019)
5. Dictamen 8/2003 sobre el proyecto de cláusulas contractuales tipo presentado por un grupo de asociaciones empresariales (<<The alternativa model contract>>), adoptado el 17 de diciembre de 2003. (11754/03/ES WP 84) (disponible en

https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp84_en.pdf ; última consulta: 30/09/2019)

6. Opinion 11/2011 on the level of protection of personal data in New Zealand, adopted on 4 April 2011. (00665/11/EN WP 182) (disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp182_en.pdf ; última consulta en :27/09/2019)
7. Adequacy Referential, adopted on 28 November 2017. (18/EN WP254 rev.01) (disponible en https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614108 ; última consulta 28/09/2019)

5. COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

1. Guidelines 1/2018 on certification and identifying certification criteria in accordance with Articles 42 and 43 of the Regulation - version adopted after public consultation. (disponible en, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201801_v3.0_certificationcriteria_annex2_en.pdf ; última consulta: 30/09/2019)
2. Endorsement 1/2018, publicado por el Comité Europeo de Protección de Datos, el 25 de mayo de 2018. (disponible en https://edpb.europa.eu/node/89 ; última consulta: 30/09/2019)