



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NICHOLAS EMILIOU  
presentadas el 4 de mayo de 2023<sup>1</sup>

**Asunto C-683/21**

**Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prieš Sveikatos apsaugos ministeriją  
contra  
Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija,  
con intervención de:  
IT sprendimai sėkmei UAB,  
Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas  
(Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna, Lituania)]

«Procedimiento prejudicial — Protección de datos personales — Reglamento (UE) 2016/679 — Artículo 4, punto 7 — Concepto de “responsable del tratamiento” — Desarrollo de una aplicación móvil en el contexto de la pandemia de COVID-19 — Responsabilidad de la autoridad pública encargada de organizar el procedimiento de licitación para la adquisición de la aplicación móvil — Artículo 4, punto 2 — Concepto de “tratamiento” — Uso de datos personales durante la fase de prueba de una aplicación móvil — Artículo 26, apartado 1 — Corresponsabilidad del tratamiento — Artículo 83 — Imposición de multas administrativas — Requisitos — Necesidad de que la infracción sea deliberada o negligente — Responsabilidad del responsable del tratamiento por el tratamiento de datos personales realizado por un encargado del tratamiento»

## I. Introducción

1. En un mundo en el que los datos personales se han convertido en moneda de cambio y constituyen una mina de oro recién descubierta para las empresas, ¿en qué condiciones pueden imponerse multas administrativas a los responsables del tratamiento o a los encargados del tratamiento por infracción de las normas de protección de datos establecidas en el Reglamento (UE) 2016/679?<sup>2</sup> Más concretamente, ¿debe concurrir un elemento de «culpabilidad» para que se les puedan imponer tales multas? Esta es la cuestión central planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna, Lituania) en el presente asunto.

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> Reglamento 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) (DO 2016, L 119, p. 1; en lo sucesivo, «RGPD»).

2. El litigio del que conoce dicho órgano jurisdiccional, que se plantea entre el Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro Nacional de Salud Pública, adscrito al Ministerio de Sanidad, Lituania; en lo sucesivo, «NVSC») y la Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija (Inspección Estatal de Protección de Datos, Lituania; en lo sucesivo, «Inspección»), versa principalmente sobre el papel desempeñado por el NVSC en el desarrollo y puesta a disposición del público de una aplicación móvil que recogió, durante los meses de abril y mayo de 2020, los datos personales de las personas que habían estado en contacto con pacientes infectados por el COVID-19.

3. En este contexto, el presente asunto brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de aportar una mayor claridad a los conceptos de «responsable del tratamiento», «corresponsables del tratamiento» y «tratamiento» que se definen, respectivamente, en el artículo 4, punto 7, en el artículo 26, apartado 1, y en el artículo 4, punto 2, del RGPD, y de examinar por primera vez, si es posible, en aplicación del artículo 83 de dicho Reglamento, imponer una multa administrativa a un responsable del tratamiento que no haya cometido de manera intencionada o negligente una infracción de las normas contenidas en el RGPD. Esta cuestión exige que el Tribunal de Justicia aclare si dicha disposición permite imponer multas cuando no exista culpabilidad, sobre la base de una responsabilidad objetiva.

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

4. El considerando 148 del RGPD tiene el siguiente tenor:

«A fin de reforzar la aplicación de las normas del presente Reglamento, cualquier infracción de este debe ser castigada con sanciones, incluidas multas administrativas [...] En caso de infracción leve, o si la multa que probablemente se impusiera constituyese una carga desproporcionada para una persona física, en lugar de sanción mediante multa puede imponerse un apercibimiento. Debe no obstante prestarse especial atención a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, a su carácter intencional, a las medidas tomadas para paliar los daños y perjuicios sufridos, al grado de responsabilidad o a cualquier infracción anterior pertinente, a la forma en que la autoridad de control haya tenido conocimiento de la infracción, al cumplimiento de medidas ordenadas contra el responsable o encargado, a la adhesión a códigos de conducta y a cualquier otra circunstancia agravante o atenuante. La imposición de sanciones, incluidas las multas administrativas, debe estar sujeta a garantías procesales suficientes conforme a los principios generales del Derecho de la Unión y de la Carta, entre ellas el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.»

5. Con arreglo al considerando 150 de dicho Reglamento:

«A fin de reforzar y armonizar las sanciones administrativas por infracción del presente Reglamento, cada autoridad de control debe estar facultada para imponer multas administrativas. El presente Reglamento debe indicar las infracciones así como el límite máximo y los criterios para fijar las correspondientes multas administrativas, que la autoridad de control competente debe determinar en cada caso individual teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en él, atendiendo en particular a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y sus consecuencias y a las medidas tomadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento e impedir o mitigar las consecuencias de la infracción. [...]

La imposición de una multa administrativa o de una advertencia no afecta al ejercicio de otras competencias de las autoridades de control ni a la aplicación de otras sanciones al amparo del presente Reglamento.»

6. El artículo 4, punto 7, del RGPD define el concepto de «responsable del tratamiento» como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento [...]».

7. El artículo 26 de dicho Reglamento, titulado «Corresponsables del tratamiento», establece en su parte pertinente:

«1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. [...]

[...]»

8. El artículo 83 del citado Reglamento, titulado «Condiciones generales para la imposición de multas administrativas», está redactado en los siguientes términos:

«1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate, así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;

b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;

[...]

k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.

3. Si un responsable o un encargado del tratamiento incumpliera de forma intencionada o negligente, para las mismas operaciones de tratamiento u operaciones vinculadas, diversas disposiciones del presente Reglamento, la cuantía total de la multa administrativa no será superior a la cuantía prevista para las infracciones más graves.

[...]»

## **B. Derecho lituano**

9. El artículo 72, apartado 2, de la *Viešųjų pirkimų įstatymas* (Ley de Contratación Pública) prevé:

«El poder adjudicador instruirá un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación con las siguientes fases:

- 1) invitación por escrito a los operadores económicos seleccionados para que presenten ofertas;
- 2) comprobación de si concurren motivos para excluir a operadores económicos de conformidad con el pliego de condiciones, y comprobación de si los operadores económicos cumplen los requisitos establecidos y, en su caso, si satisfacen las normas de garantía de calidad exigidas y/o las normas de gestión del medio ambiente;
- 3) celebración de negociaciones con los licitadores conforme al procedimiento establecido en el artículo 66 de la presente Ley, y requerimiento para que presenten ofertas definitivas. El poder adjudicador no estará obligado a requerir la presentación de una oferta definitiva en caso de que un solo operador económico haya participado en el procedimiento negociado sin publicación de anuncio de licitación;
- 4) evaluación de los licitadores definitivos y determinación del candidato seleccionado.»

## **III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales**

10. Con el fin de responder a la situación resultante de la propagación de la COVID-19, el Ministro de Sanidad de la República de Lituania (en lo sucesivo, «Ministro de Sanidad»), mediante decisión de 24 de marzo de 2020, encargó al Director del NVSC que organizase el desarrollo y la adquisición de una aplicación móvil denominada KARANTINAS. La aplicación móvil estaba diseñada para recoger y controlar los datos personales de las personas que hubiesen estado en contacto con pacientes infectados por el COVID-19.<sup>3</sup>

11. El 27 de marzo de 2020, una persona que afirmaba ser un agente en representación del NVSC informó a la sociedad IT sprendimai sėkmei UAB (en lo sucesivo, «ITSS») de que había sido seleccionada para desarrollar KARANTINAS. Se intercambiaron correos electrónicos entre ITSS y esa persona, así como entre ITSS y varios empleados y el Director del NVSC, en relación con el desarrollo de dicha aplicación móvil. En esta fase se redactó asimismo un acuerdo de confidencialidad en el que se mencionaba que tanto ITSS como el NVSC eran los responsables del tratamiento.

12. La aplicación móvil que finalmente se desarrolló se puso a disposición del público para su descarga en Google Play Store el 4 de abril de 2020 y en Apple App Store el 6 de abril de 2020. Tanto ITSS como el NVSC se mencionaron de nuevo como responsables del tratamiento en la versión de KARANTINAS que se puso a disposición del público para su descarga. En ese momento, la aplicación móvil aún no había sido adquirida por el NVSC.

<sup>3</sup> Los datos personales recogidos por KARANTINAS de sus usuarios incluían, entre otros, lo siguiente: número de identificación, coordenadas de latitud y longitud, país, ciudad, municipio, domicilio, nombre y apellido, número de identificación personal, número de teléfono, si la persona debía autoconfinarse y si estaba registrada. Estos datos no solo se recogían en Lituania, sino también en el extranjero.

13. Mediante decisión de 10 de abril de 2020, el Ministro de Sanidad ordenó al Director del NVSC que procediera a la adquisición de KARANTINAS mediante un procedimiento negociado sin la publicación de un anuncio de licitación, de conformidad con el artículo 72, apartado 2, de la Ley de Contratación Pública.

14. Dicho procedimiento se inició, pero, al no recibir la financiación necesaria, el NVSC le puso fin. En consecuencia, no se celebró contrato público de compraventa alguno. No obstante, KARANTINAS siguió estando a disposición del público para su descarga.

15. El 15 de mayo de 2020, el NVSC ordenó a ITSS que no utilizase ningún dato del NVSC y que no incluyera enlaces al NVSC en la aplicación móvil. El 18 de mayo de 2020, la Inspección inició una investigación relativa tanto a ITSS como al NVSC por infracción de las normas establecidas en el RGPD. El funcionamiento de KARANTINAS se suspendió a petición de la Inspección el 26 de mayo de 2020. Según ITSS, 3 802 usuarios habían facilitado sus datos personales a través de la aplicación entre el 4 de abril y el 26 de mayo de 2020.

16. Mediante decisión de 24 de febrero de 2021, la Inspección impuso multas administrativas al NVSC y a ITSS, en su condición de corresponsables del tratamiento, por infracción de los artículos 5, 13, 24, 32 y 35 del RGPD.<sup>4</sup>

17. El NVSC impugnó esta decisión ante el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna). Ese órgano jurisdiccional se pregunta, en esencia, si el concepto de «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, debe interpretarse en sentido amplio, de modo que incluya a cualquier persona física o jurídica u organismo como el NVSC, que no es el creador de una aplicación móvil, pero que, con vistas a adquirir dicha aplicación móvil mediante un procedimiento de licitación, determinó «los fines y medios del tratamiento de los datos personales», o si este concepto debe interpretarse de manera más estricta, teniendo en cuenta el procedimiento de contratación pública y su resultado.

18. En particular, se pregunta si el hecho de que el procedimiento de licitación fuera finalmente abandonado y de que KARANTINAS nunca fuera adquirida por el NVSC es pertinente a este respecto. También se pregunta si el hecho de que el NVSC no haya consentido o autorizado oficialmente la puesta a disposición del público de dicha aplicación móvil incide en esta apreciación.

19. Además, tiene dudas acerca de la relación entre el NVSC e ITSS. A este respecto, se pregunta en qué circunstancias dicha entidad y dicha sociedad deben considerarse «corresponsables del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, y del artículo 26, apartado 1, del RGPD. Con carácter subsidiario, si el NVSC e ITSS no debieran considerarse «corresponsables del tratamiento», sino «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento»<sup>5</sup> (respectivamente), en el sentido del RGPD, desea saber cuándo las actuaciones de ITSS podrían

<sup>4</sup> El artículo 5 del RGPD contiene una lista de los principios generales cuyo cumplimiento deben garantizar los responsables del tratamiento cuando se tratan datos personales. El artículo 13 de dicho Reglamento enumera la información que los responsables del tratamiento deben facilitar a los interesados cuando se obtienen de ellos datos personales. El artículo 24 del citado Reglamento establece que los responsables del tratamiento, entre otras cosas, aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar (y poder demostrar) que el tratamiento es conforme con las normas en materia de protección de datos aplicables. El artículo 32 del RGPD se refiere a la seguridad del tratamiento y crea obligaciones tanto para los responsables como para los encargados del tratamiento a este respecto, mientras que su artículo 35 versa sobre la obligación que incumbe a los responsables del tratamiento de realizar evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos antes de llevar a cabo determinados tipos de tratamiento.

<sup>5</sup> Con arreglo al artículo 29 del RGPD, «el encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros».

dar lugar a la responsabilidad del NVSC. A este respecto, se pregunta si el artículo 83 del RGPD debe interpretarse en el sentido de que es posible imponer una multa administrativa a un responsable del tratamiento como el NVSC, que no ha cometido él mismo una infracción de dicho Reglamento de forma intencionada o negligente.

20. A la luz de estas consideraciones, el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Puede interpretarse el concepto de “responsable del tratamiento” definido en el artículo 4, punto 7, del RGPD en el sentido de que también se ha de considerar como tal una persona que prevé adquirir una herramienta de recogida de datos (aplicación móvil) mediante contratación pública, con independencia del hecho de que no se haya adjudicado un contrato público y de que no se haya entregado el producto creado (la aplicación móvil) a cuya adquisición se dirige el procedimiento de contratación pública?
- 2) ¿Puede interpretarse el concepto de “responsable del tratamiento” definido en el artículo 4, punto 7, del RGPD en el sentido de que también se ha de considerar como tal un poder adjudicador que no haya adquirido el derecho de propiedad del producto informático creado y no haya tomado posesión de él, a pesar de que la versión definitiva de la aplicación creada proporcione enlaces o interfaces a dicho poder adjudicador, y/o [cuando] la declaración de confidencialidad, que no ha sido aprobada o reconocida oficialmente por el organismo público de que se trata, le declarase expresamente a este como responsable del tratamiento?
- 3) ¿Puede interpretarse el concepto de “responsable del tratamiento” definido en el artículo 4, punto 7, del RGPD en el sentido de que también se ha de considerar como tal una persona que no ha llevado a cabo ninguna operación efectiva de tratamiento de datos a efectos del artículo 4, punto 2, del RGPD y/o no ha otorgado un claro consentimiento o permiso para la realización de tales operaciones? ¿Es relevante para la interpretación del concepto de “responsable del tratamiento” el hecho de que el producto informático utilizado para el tratamiento de datos personales se crease conforme al encargo asignado por el poder adjudicador?
- 4) En caso de que la determinación de las operaciones efectivas de tratamiento de datos sea relevante para la interpretación del concepto de “responsable del tratamiento”, ¿debe interpretarse el concepto de “tratamiento” de datos personales definido en el artículo 4, punto 2, del RGPD en el sentido de que también comprende las situaciones en que se hayan utilizado copias de datos personales para probar sistemas informáticos en el procedimiento de adquisición de una aplicación móvil?
- 5) ¿Debe interpretarse el concepto de corresponsabilidad del tratamiento de datos a efectos de los artículos 4, punto 7, y 26, apartado 1, del RGPD exclusivamente en el sentido de que comprende las actuaciones deliberadamente coordinadas respecto de la determinación de la finalidad y los medios del tratamiento, o puede interpretarse también en el sentido de que la corresponsabilidad comprende además las situaciones en que no existe un claro “mutuo acuerdo” respecto del objetivo y los medios del tratamiento y/o las actuaciones no están coordinados entre las entidades? ¿Son relevantes desde el punto de vista jurídico para la interpretación del concepto de corresponsabilidad del tratamiento de datos una circunstancia relativa a la fase de creación de los medios del tratamiento de datos personales (la aplicación informática) en que se efectuó el tratamiento de los datos personales y la

finalidad para la que se creó la aplicación? ¿Debe entenderse por “mutuo acuerdo” entre corresponsables del tratamiento exclusivamente el establecimiento claro y definido de las condiciones que rigen la corresponsabilidad del tratamiento?

- 6) ¿Debe interpretarse la disposición del artículo 83, apartado 1, del RGPD con arreglo a la cual “las multas administrativas [han de ser] efectivas, proporcionadas y disuasorias” en el sentido de que comprende igualmente los casos de atribución de responsabilidad al “responsable del tratamiento” cuando, en el proceso de creación de un producto informático, el programador también lleva a cabo actos de tratamiento de datos personales, y en el sentido de que los actos indebidos de tratamiento de datos personales realizados por el encargado del tratamiento siempre dan automáticamente lugar a la responsabilidad jurídica del responsable del tratamiento? ¿Debe interpretarse dicha disposición en el sentido de que también comprende los casos de responsabilidad objetiva del responsable del tratamiento?»

21. La petición de decisión prejudicial de 22 de octubre de 2021 fue registrada en el Tribunal de Justicia el 12 de noviembre de 2021. Han presentado observaciones escritas el NVSC, la Inspección, el Gobierno lituano y la Comisión Europea.

22. Los Gobiernos lituano y neerlandés, así como la Comisión y el Consejo, estuvieron representados en la vista celebrada el 17 de enero de 2023.

#### IV. Análisis

23. Durante la pandemia de COVID-19, en muchos Estados miembros se pusieron a disposición del público para su descarga aplicaciones móviles diseñadas para «seguir y localizar» a las personas infectadas por el virus o a las que habían estado en contacto con ellas. Estas aplicaciones móviles se desarrollaron con el fin de responder a la urgencia de la situación, a menudo con la participación de varias entidades públicas y privadas (como ministerios y otras entidades públicas, así como empresas privadas). Los usuarios debían introducir sus datos personales en las aplicaciones móviles, en particular los relativos a su salud.<sup>6</sup>

24. El litigio principal versa precisamente sobre una aplicación móvil de este tipo, a saber, KARANTINAS, que fue desarrollada por ITSS (una empresa privada), a iniciativa del NVSC (una autoridad pública), a raíz de una decisión del Ministro de Sanidad. No se desprende claramente de la información que obra en autos ni de la facilitada en la vista si otras entidades públicas de Lituania participaron, en su caso, en el desarrollo de la aplicación.<sup>7</sup> Existen también algunas dudas sobre si el NVSC dio su consentimiento para que KARANTINAS se pusiera a disposición del público durante el período en el que tuvo lugar el tratamiento de los datos personales (abril y

<sup>6</sup> He de observar que los datos personales relativos a la salud constituyen una «categoría especial de datos personales» cuyo tratamiento está prohibido por el artículo 9 del RGPD, a menos que sea aplicable alguno de los motivos enumerados en el apartado 2 de dicha disposición [por ejemplo, el hecho de que dicho tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública [letra i)] o para fines de medicina preventiva o laboral [letra h)]]. Dicho esto, es preciso señalar que las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto no se refieren a la licitud de dicho tratamiento, sino más bien a las condiciones en las que una entidad como el NVSC puede ser considerada responsable de las infracciones cometidas por el desarrollador de dicha aplicación móvil (en el presente asunto, ITSS).

<sup>7</sup> Sobre la base de la información aportada a los autos y en la vista, no está claro si la ciudad de Vilna participó en el desarrollo de KARANTINAS.

mayo de 2020). No obstante, en las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna) consideró pertinentes las siguientes circunstancias:

- El NVSC había previsto adquirir KARANTINAS sobre la base del artículo 72, apartado 2, de la Ley de Contratación Pública, pero el procedimiento nunca se completó y la adquisición nunca se produjo. Por lo tanto, la propiedad de KARANTINAS nunca se transfirió de ITSS al NVSC;
- El NVSC figuraba como responsable del tratamiento en la política de confidencialidad de KARANTINAS, que se puso a disposición del público. Los enlaces al NVSC también se incluyeron en la última versión de la aplicación, que, sin embargo, no llegó a ser aprobada oficialmente por dicha entidad;
- El NVSC no trató en ningún momento datos personales por sí mismo ni dio su consentimiento formal para que se llevaran a cabo operaciones de tratamiento, pero impartió instrucciones en cuanto al desarrollo de KARANTINAS, que fueron seguidas por ITSS, y
- ITSS y el NVSC no llegaron a ningún acuerdo formal en cuanto a los fines y medios del tratamiento de los datos personales que se llevó a cabo.

25. En este contexto, las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia se refieren a la interpretación de varias disposiciones del RGPD. Mediante las tres primeras cuestiones prejudiciales, así como mediante la quinta cuestión prejudicial, se solicita que se interprete el concepto de «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, de dicho Reglamento, así como que se aclaren las circunstancias en las que dos o más entidades pueden ser consideradas «corresponsables del tratamiento», con arreglo a dicha disposición, en relación con el artículo 26, apartado 1, del citado Reglamento. En primer lugar, analizaré estas cuestiones prejudiciales conjuntamente (A), antes de abordar la cuarta cuestión prejudicial, que versa sobre el concepto de «tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 2, del RGPD, y su aplicación en el contexto de la fase de prueba de una aplicación móvil (B).<sup>8</sup> A continuación, me adentraré en la cuestión central del presente asunto, a saber, la sexta cuestión prejudicial, que tiene carácter transversal, puesto que se refiere a las condiciones en las que pueden imponerse multas administrativas a los responsables del tratamiento, de conformidad con el artículo 83 del RGPD (C).

#### ***A. Sobre el concepto de «responsable del tratamiento» y situaciones de corresponsabilidad del tratamiento (cuestiones prejudiciales primera a tercera y quinta)***

26. Mediante las tres primeras cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si, habida cuenta de las circunstancias detalladas en el punto 24 anterior, una entidad como el NVSC debe considerarse «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD. Además, mediante su quinta cuestión prejudicial, dicho órgano jurisdiccional pretende que se dilucide si, en tales circunstancias, dos entidades como el NVSC e ITSS deben considerarse «corresponsables del tratamiento», de conformidad con dicha

<sup>8</sup> Como explicaré más adelante en el punto 46, deduzco de la petición de decisión prejudicial que KARANTINAS fue sometida a una fase de prueba antes de ser puesta a disposición del público para su descarga. Según entiendo, la cuarta cuestión prejudicial se refiere, pues, al uso de datos personales que tuvo lugar durante esa fase de prueba, en contraposición a los utilizados en una fase posterior, cuando KARANTINAS estaba a disposición del público para su descarga.

disposición y con el artículo 26, apartado 1, del citado Reglamento, aun cuando no hayan alcanzado ningún acuerdo formal en cuanto a los fines y medios del tratamiento o no parezcan haber coordinado de otro modo sus actuaciones.

1. *¿Qué es un responsable del tratamiento? (Cuestiones prejudiciales primera a tercera)*

27. Es preciso recordar que, con arreglo al artículo 4, punto 7, del RGPD, un «responsable del tratamiento» se define como la persona o entidad que «sol[a] o junto con otr[a]s, determin[a] los fines y medios del tratamiento». En términos simples, no es necesario que el responsable del tratamiento trate los datos personales por sí mismo, pero debe determinar «el por qué y el cómo» de las operaciones de tratamiento pertinentes.<sup>9</sup> El Tribunal de Justicia ha sugerido que, a fin de cumplir este criterio, una persona o entidad debe efectivamente «influir en el tratamiento de datos personales».<sup>10</sup> Sin embargo, no es necesario que la determinación de los fines y de los medios del tratamiento se efectúe mediante instrucciones por escrito o consignas impartidas por el responsable del tratamiento.<sup>11</sup> En efecto, el artículo 4, punto 7, del RGPD requiere un análisis fáctico más que formal.

28. En relación con lo anterior, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ha sugerido que también es posible ser responsable del tratamiento con independencia de que la ley confiera una competencia o facultad específica para controlar los datos. En efecto, la capacidad de determinar los fines y medios del tratamiento depende, ante todo, de la influencia ejercida, que puede deducirse de las circunstancias fácticas. Por lo tanto, una entidad que esté efectivamente en condiciones de determinar los fines y medios del tratamiento será considerada «responsable del tratamiento», con independencia de si ha sido designada formalmente como tal (por ley, mediante un contrato o de otro modo).<sup>12</sup>

29. Aclarados estos extremos, es preciso observar que varias de las circunstancias descritas por el órgano jurisdiccional remitente en las tres primeras cuestiones prejudiciales son de naturaleza puramente formal: por ejemplo, el hecho de que el NVCS no sea legalmente propietario de KARANTINAS o de que el procedimiento de adquisición de dicha aplicación móvil nunca se completara, o de que el NVSC no autorizara oficialmente la puesta a disposición de la aplicación al público en general ni aprobara la última versión de la aplicación. Desde mi punto de vista, ninguna de estas circunstancias puede excluir, por sí sola, que se concluya que el NVSC actuó como «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, en el contexto del litigio principal. En efecto, no son suficientes para excluir la conclusión de que el NVSC estaba efectivamente en condiciones de determinar los fines y medios del tratamiento de datos personales que se llevó a cabo. Al mismo tiempo, me parece que el hecho de que el NVSC

<sup>9</sup> Véase Rücker, D., y Kugler, T., *New European General Data Protection Regulation, A Practitioner's Guide*, C. H. Beck, Hart y Nomos, Oxford, 2018, p. 27. Según estos autores, la característica más importante de un responsable del tratamiento es que determina los resultados que se supone que deben alcanzarse, porque los medios o el «cómo» del tratamiento pueden, al menos en sus aspectos no esenciales, delegarse a un encargado del tratamiento sin perder la calidad de responsable.

<sup>10</sup> Véase la sentencia de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat* (C-25/17, EU:C:2018:551), apartado 68. Esta sentencia se refería a la interpretación del concepto de «responsable del tratamiento» según se definía en el artículo 2, letra d), de 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 (DO 1995, L 281, p. 31). Aunque esta Directiva ya no está en vigor y ha sido sustituida por el RGPD, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a esta disposición sigue siendo pertinente en el contexto de la aplicación del RGPD, dado que la definición de este concepto sigue siendo idéntica en ambos instrumentos, a excepción de ligeras modificaciones formales. En consecuencia, me referiré indistintamente a las sentencias relativas a uno u otro instrumento.

<sup>11</sup> Véase la sentencia de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat* (C-25/17, EU:C:2018:551), apartado 67.

<sup>12</sup> Véanse las «Directrices 07/2020 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” en el RGPD» del CEPD, versión 2.1, adoptadas el 7 de julio de 2021 (en lo sucesivo, «Directrices 07/2020»), disponibles en inglés en: [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/eppb\\_guidelines\\_202007\\_controllerprocessor\\_final\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/eppb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_en.pdf), p. 3 y puntos 21 y 25 a 27.

figurase como responsable del tratamiento en la política de confidencialidad de la versión de KARANTINAS que se puso a disposición del público para su descarga, o de que se incluyeran enlaces a dicha entidad en esa versión de la aplicación móvil, es pertinente pero no concluyente en lo que respecta a la influencia efectivamente ejercida por dicha entidad.

30. Por el contrario, las pruebas presentadas ante el órgano jurisdiccional remitente que muestran que el NVSC decidía qué tipo de datos personales debía recoger KARANTINAS y de qué interesados, así como otros aspectos clave del tratamiento, son, en mi opinión, suficientes para demostrar que dicha entidad determinaba los «medios» del tratamiento. Además, considero que el hecho de que KARANTINAS se creara para cumplir el objetivo definido por el NVSC, a saber, responder a la pandemia de COVID-19, y de que su funcionamiento fuera modificado periódicamente por ITSS para responder a las necesidades definidas por el NVSC, en línea con las instrucciones impartidas por dicha entidad, es suficiente para concluir que esa entidad determinó los «fines» del tratamiento.

31. Dicho esto, me parece que, para determinar si una entidad como el NVSC puede ser considerada «responsable del tratamiento» en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar asimismo si, a pesar de la influencia ejercida por el NVSC en la fase del desarrollo de KARANTINAS, la decisión de poner dicha aplicación a disposición del público y, por lo tanto, de llevar a cabo el tratamiento de datos personales se adoptó efectivamente con el consentimiento (expreso o tácito) de dicha entidad (con independencia de que el consentimiento no se diera oficial o formalmente).

32. En efecto, como indica claramente la definición del concepto de «responsable del tratamiento» que figura en el artículo 4, punto 7, del RGPD, la influencia ejercida por un responsable del tratamiento debe referirse al tratamiento de datos personales en sí, y no únicamente a una etapa previa. Una persona física o jurídica no se convierte en «responsable del tratamiento» por el mero hecho de iniciar el desarrollo de una aplicación móvil o definir los parámetros de dicha aplicación (u otra herramienta de recogida de datos). Sus actuaciones deben estar efectivamente vinculadas al tratamiento de datos personales y, en consecuencia, debe haber dado su consentimiento expreso o tácito para que la herramienta pertinente sea utilizada con el fin de llevar a cabo dicho tratamiento.

33. El Tribunal de Justicia hizo hincapié en este requisito en su sentencia *Fashion ID*,<sup>13</sup> en la que declaró expresamente que la responsabilidad del responsable del tratamiento se limita a la operación o al conjunto de las operaciones de tratamiento de datos personales cuyos fines y medios determina *efectivamente*.<sup>14</sup> De ello se desprende que la determinación de fines y medios debe referirse directamente a la operación o al conjunto de operaciones de tratamiento de datos personales pertinentes.

34. En mi opinión, de estas consideraciones se desprende que una entidad, como el NVSC, que inicia el desarrollo de una aplicación móvil únicamente podrá ser considerada «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, en una situación en la que existan suficientes elementos de carácter fáctico, más que formal, que permitan a los órganos jurisdiccionales nacionales concluir que tal entidad ejerció una influencia efectiva sobre los «fines y medios» de dicho tratamiento y que dio su consentimiento efectivo para la divulgación al

<sup>13</sup> Sentencia de 29 de julio de 2019 (C-40/17, EU:C:2019:629), apartado 85.

<sup>14</sup> Véanse también las Directrices 07/2020, punto 42.

público de la aplicación móvil y, en consecuencia, para el tratamiento de los datos personales. Sin perjuicio de las comprobaciones que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, considero que el NVSC cumple estos requisitos.

2. *¿Cuándo puede considerarse que dos entidades son corresponsables del tratamiento? (quinta cuestión prejudicial)*

35. La quinta cuestión prejudicial versa sobre los requisitos que deben cumplirse para que dos (o más) entidades sean consideradas corresponsables del tratamiento. Entiendo que el órgano jurisdiccional remitente pretende que se aclare la interpretación de este concepto porque tiene dudas acerca de si, en la situación controvertida en el litigio principal, el NVSC e ITSS podrían ser considerados «corresponsables del tratamiento» y, como tales, ser declarados responsables solidariamente del perjuicio causado,<sup>15</sup> y ser multados conjuntamente por las infracciones de las normas en materia de protección de datos cometidas cuando KARANTINAS se puso a disposición del público para su descarga. Es preciso observar, a este respecto, que, como he indicado en el punto 16 anterior, tanto dicha entidad como dicha sociedad fueron, en efecto, declaradas responsables de las infracciones cometidas, en su calidad de corresponsables del tratamiento, y multadas por la Inspección en aplicación del artículo 83 del RGPD.

36. Con arreglo al artículo 26, apartado 1, del RGPD, los «corresponsables del tratamiento» existen cuando dos o más responsables del tratamiento determinan conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento. En consecuencia, cada corresponsable del tratamiento debe cumplir de manera autónoma los criterios enumerados en la definición de «responsable del tratamiento» que figura en el artículo 4, punto 7, de dicho Reglamento.<sup>16</sup> Además, los corresponsables del tratamiento deben tener una cierta relación entre ellos, dado que su influencia en el tratamiento debe ejercerse conjuntamente.

37. El Tribunal de Justicia ha indicado que la existencia de una corresponsabilidad del tratamiento no se traduce necesariamente en una responsabilidad o participación equivalente de las diversas personas o entidades implicadas. Por el contrario, los corresponsables del tratamiento pueden estar implicados en distintas etapas del tratamiento, de modo que el nivel de responsabilidad de cada uno de ellos debe evaluarse teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso concreto.<sup>17</sup> Además, la responsabilidad conjunta de varias entidades respecto a un mismo tratamiento no supone que cada uno de ellas tenga acceso a los datos personales en cuestión.<sup>18</sup> Lo que importa, no obstante, es que *participen conjuntamente* en la determinación de los «fines y medios» del tratamiento.

38. A este respecto, es preciso observar que, como indican las Directrices 07/2020, esa participación conjunta puede adoptar distintas formas. Puede resultar de una decisión común adoptada por dos o más entidades o simplemente resultar de decisiones convergentes de esas entidades. En este último caso, lo único importante es que las decisiones se complementen entre

<sup>15</sup> Véase el artículo 26, apartado 3, del RGPD, en virtud del cual «los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el [RGPD] frente a, y en contra de, cada uno de los responsables». Véase también el artículo 82, apartados 4 y 5, de dicho Reglamento.

<sup>16</sup> Véase, a este respecto, la sentencia de 29 de julio de 2019, Fashion ID (C-40/17, EU:C:2019:629), apartado 67 y jurisprudencia citada.

<sup>17</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2018, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16, EU:C:2018:388), apartado 43.

<sup>18</sup> Véase la sentencia de 10 de julio de 2018, Jehovan todistajat (C-25/17, EU:C:2018:551), apartado 69 y jurisprudencia citada.

sí y sean necesarias para que el tratamiento tenga lugar de tal manera que tengan un impacto tangible en la determinación de los fines y medios del tratamiento, es decir, en esencia, que el tratamiento no sería posible sin la participación de ambas partes.<sup>19</sup>

39. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el hecho de que dos responsables del tratamiento (en este caso, el NVSC e ITSS) no hayan celebrado ningún acuerdo formal en cuanto a los fines y medios del tratamiento o no parezcan haber coordinado de otro modo sus actuaciones impide considerarlos «corresponsables del tratamiento».

40. Entiendo que las dudas del órgano jurisdiccional remitente a este respecto se derivan del hecho de que, con arreglo al artículo 26, apartado 1, del RGPD, los corresponsables del tratamiento deben determinar de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por dicho Reglamento. Además, el considerando 79 del citado Reglamento indica que se requiere «una atribución clara de las responsabilidades», incluidos los casos en los que un responsable del tratamiento determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros. Sin embargo, desde mi punto de vista, tales obligaciones y requisitos *solo* se aplican a los corresponsables del tratamiento una vez que se ha establecido que pueden ser considerados como tales. No forman parte de los criterios que deben cumplirse para que puedan ser calificados como tales.

41. Como he indicado en el punto 36 anterior, la corresponsabilidad del tratamiento depende solamente de que concurran dos requisitos objetivos. En primer lugar, cada corresponsable del tratamiento debe cumplir los criterios enumerados en la definición de «responsable del tratamiento» que figura en el artículo 4, punto 7, del RGPD. Los autos no contienen elementos suficientes que permitan determinar si, en la situación controvertida en el litigio principal, ITSS debe ser considerada «responsable del tratamiento» en el sentido de dicha disposición. Sin embargo, a la luz de las apreciaciones que he realizado en la sección anterior y sin perjuicio de la comprobación que deba efectuar el órgano jurisdiccional remitente, me parece que, al menos el NVSC —o incluso tanto dicha entidad como ITSS— cumple los requisitos para ser considerado «responsable del tratamiento», en el sentido de dicha disposición. En segundo lugar, la influencia de los responsables en el tratamiento debe ejercerse conjuntamente (lo que significa que debe ejercerse de conformidad con los criterios jurídicos y la jurisprudencia que he recordado en los puntos 37 y 38 anteriores). A este respecto, he explicado que la participación conjunta en el tratamiento puede adoptar distintas formas y ni siquiera debe resultar de una decisión común de las partes implicadas. Como tal, el enfoque sustantivo y funcional necesario para determinar si una persona o entidad debe ser considerada «responsable del tratamiento» en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD también se aplica, desde mi punto de vista, a la corresponsabilidad del tratamiento.<sup>20</sup>

42. Habida cuenta de estas consideraciones, soy de la opinión de que, en primer término, la falta de acuerdo o arreglo, o incluso de decisión común, entre dos o más responsables del tratamiento como el NVSC e ITSS no puede, por sí sola, excluir la conclusión de que son «corresponsables del tratamiento» en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, en relación con su artículo 26, apartado 1. A este respecto, he de añadir que el CEPD ha sugerido que, aunque los acuerdos

<sup>19</sup> Véanse las Directrices 07/2020, p. 3 y puntos 54 y 55.

<sup>20</sup> En efecto, resultaría algo contradictorio que se pudieran suprimir los requisitos formales para que una persona o entidad pueda ser calificada de «responsable del tratamiento», pero no para que la misma entidad y otra entidad puedan considerarse «corresponsables del tratamiento».

contractuales puedan resultar útiles a la hora de evaluar la corresponsabilidad del tratamiento, deberían contrastarse en todos los casos con las circunstancias fácticas de la relación entre las partes.<sup>21</sup>

43. En segundo término, también me parece que el mero hecho de que el NVSC e ITSS, además de no haber alcanzado un acuerdo, arreglo o decisión común, no parezcan haber coordinado sus actuaciones ni cooperado de otro modo entre sí no significa que no puedan ser considerados «corresponsables del tratamiento». Aunque exista tal coordinación o cooperación, es irrelevante para la cuestión de si la relación entre esas dos entidades es o no una relación de corresponsabilidad del tratamiento. En efecto, es fácil imaginar que pueda existir una cooperación o coordinación entre dos o más entidades sin que estas sean corresponsables del tratamiento en absoluto. Por ejemplo, dos responsables del tratamiento distintos podrían coordinar sus actuaciones o cooperar entre sí con la intención de transferirse datos personales. Sin embargo, esto no los convertiría en «corresponsables del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, y del artículo 26, apartado 1, del RGPD.<sup>22</sup> Lo que importa, como he explicado en el punto 38 de las presentes conclusiones, es que el tratamiento no sea posible sin la participación de las dos partes porque ambas tengan un impacto tangible en la determinación de los fines y medios de dicho tratamiento.

### *3. Conclusión sobre la interpretación del concepto de «responsable del tratamiento» y situaciones de corresponsabilidad del tratamiento*

44. Habida cuenta de lo anterior, me parece que, por un lado, sin perjuicio de las comprobaciones que deba efectuar el órgano jurisdiccional remitente, una entidad como el NVSC cumple los requisitos previstos en el artículo 4, punto 7, del RGPD para ser considerada «responsable del tratamiento». Por otro lado, la cuestión de si el NVSC e ITSS pueden ser considerados «corresponsables del tratamiento», de conformidad con los criterios que he expuesto en la sección anterior, o «responsable» y «encargado del tratamiento», respectivamente, depende de la naturaleza de su relación, que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

45. A este respecto, he de añadir que la naturaleza de la relación entre el NVSC e ITSS (a saber, si son «corresponsables del tratamiento» o, respectivamente, «responsable» y «encargado del tratamiento») es pertinente a efectos de la sexta cuestión prejudicial. En consecuencia, retomaré las conclusiones a las que he llegado en relación con la quinta cuestión prejudicial al abordar los problemas planteados por la sexta cuestión prejudicial.

### ***B. Sobre el concepto de «tratamiento» (cuarta cuestión prejudicial)***

46. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si la definición de «tratamiento» prevista en el artículo 4, punto 2, del RGPD comprende una situación en la que los datos personales se utilizan durante la fase de prueba de una aplicación

<sup>21</sup> Véanse las Directrices 07/2020, punto 52.

<sup>22</sup> Véanse, a este respecto, las Directrices 07/2020, punto 69.

móvil.<sup>23</sup> Deduzco de la petición de decisión prejudicial que KARANTINAS fue objeto de una fase de prueba antes de ser puesta a disposición del público para su descarga. Según entiendo, la cuarta cuestión prejudicial versa, por lo tanto, sobre una situación que es diferente de la contemplada por las demás cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia, que se refieren todas ellas al tratamiento de datos personales tras la ejecución de la fase de prueba, cuando KARANTINAS se puso a disposición del público. Concretamente, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el uso de datos personales durante esa fase de prueba debe calificarse de «tratamiento» en el sentido del artículo 4, punto 2, del RGPD y, como tal, podría dar lugar a una posible responsabilidad de los responsables o de los encargados del tratamiento implicados.

47. El artículo 4, punto 2, del RGPD define el «tratamiento» como «*cualquier* operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no [...]».<sup>24</sup>

48. Entiendo de esta redacción (en particular del uso del término «cualquier» y de términos genéricos como «operación» o «conjunto de operaciones») que esta disposición debe interpretarse en sentido amplio, de modo que cubra el mayor número posible de situaciones en las que se utilizan datos personales. La lista no exhaustiva de tales situaciones que figura en dicha disposición confirma esta interpretación, dada la variedad de operaciones que se incluye en ella.<sup>25</sup>

49. Además, mientras que de la sección anterior se desprende que la definición de «responsable del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, de dicho Reglamento, está estrechamente relacionada con los fines del tratamiento de datos personales (las razones «por las que» se recogen los datos personales), este no es el caso de la definición prevista en su artículo 4, punto 2. Como tales, las razones por las que se lleva a cabo una operación o un conjunto de operaciones son, en principio, irrelevantes para la cuestión de si deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición. De ello se desprende, en mi opinión, que el hecho de que los datos personales se recojan con el fin de probar los sistemas informáticos integrados en una aplicación móvil o con otros fines no influye en la cuestión de si la operación en cuestión debe calificarse de «tratamiento».

50. A este respecto, debo señalar también que la «utilización» de datos personales (sin más mención y, en consecuencia, con independencia de la finalidad de la utilización) se enumera entre las operaciones o conjuntos de operaciones que constituyen el «tratamiento».<sup>26</sup> Además, el artículo 4, punto 2, del RGPD no contiene ninguna excepción o exclusión expresa para las operaciones relativas a la utilización de datos personales para *pruebas* de sistemas informáticos. De lo anterior se sigue que nada impide que el uso de datos personales con vistas a realizar tales pruebas se considere «tratamiento» en el sentido de dicha disposición, sino todo lo contrario.

<sup>23</sup> Es preciso señalar que, en la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente menciona el uso de «copias de datos personales» y no de datos personales. Debo admitir que no me queda claro qué entiende dicho órgano jurisdiccional por «copias de datos personales», puesto que los datos personales pueden existir de forma intangible y que, como indica claramente el artículo 4, punto 1, del RGPD, los «datos personales» se definen en dicha disposición como «*toda* información sobre una persona física identificada o identificable» (el subrayado es mío), sin ningún requisito de que esos datos personales se hayan «copiado» o transcrito en un soporte o medio en particular. En mi opinión, el objeto físico (por ejemplo, las copias impresas) o los ficheros electrónicos en los que están disponibles los datos personales no resultan pertinentes para determinar si un determinado conjunto de operaciones relativas a datos personales debe calificarse de «tratamiento» en el sentido del artículo 4, punto 2, de dicho Reglamento. En mi respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, me referiré, por lo tanto, a los «datos personales» en lugar de a las «copias de datos personales».

<sup>24</sup> El subrayado es mío.

<sup>25</sup> Con arreglo al artículo 4, punto 2, del RGPD, el «tratamiento» incluye operaciones como «la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».

<sup>26</sup> Véase la nota anterior.

51. Habida cuenta de estos elementos, considero que la definición de «tratamiento» prevista en el artículo 4, punto 2, del RGPD comprende una situación en la que los datos personales se utilizan durante la fase de prueba de una aplicación móvil.

52. Mi conclusión a este respecto no queda desvirtuada por el mero hecho de que los datos personales facilitados con el fin de probar los sistemas informáticos integrados en una aplicación móvil puedan haber sido seudonimizados.<sup>27</sup> La única circunstancia en la que el RGPD no sería aplicable es si la información comunicada a la aplicación móvil consiste únicamente en información anónima que «no guarda relación con una persona física identificada o identificable» o en datos personales «convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo». Sin embargo, es preciso observar que, en el litigio principal, los datos utilizados en la fase de prueba *no* parecen, sobre la base de la información aportada a los autos, haber consistido en tales datos anonimizados.<sup>28</sup>

53. Habida cuenta de lo anterior, considero que la definición de «tratamiento» prevista en el artículo 4, punto 2, del RGPD comprende una situación en la que los datos personales se utilizan durante la fase de prueba de una aplicación móvil, a menos que dichos datos se hayan anonimizado de manera que el interesado no sea identificable o deje de serlo. El hecho de que los datos personales se recojan con el fin de probar los sistemas informáticos integrados en una aplicación móvil o con otros fines no influye, por su parte, en la cuestión de si la operación en cuestión debe calificarse de «tratamiento».<sup>29</sup>

54. Una vez aclarados estos extremos, pasaré ahora a examinar la cuestión central planteada en el presente asunto, que se refiere a las condiciones en las que puede imponerse una multa administrativa a un responsable o encargado del tratamiento, con arreglo al artículo 83 del RGPD.

### ***C. Sobre las multas administrativas impuestas con arreglo al artículo 83 del RGPD (sexta cuestión prejudicial)***

55. Antes de la adopción del RGPD, las sanciones por infracción de las normas de protección de datos se dejaban en gran medida a discreción de los Estados miembros, en virtud de su autonomía procesal y en materia de recursos.<sup>30</sup> Las multas administrativas, que fueron introducidas por el artículo 83 de dicho Reglamento, constituyen, por consiguiente, un «desarrollo» relativamente nuevo del Derecho de la Unión en materia de protección de datos. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 las describió como un «un elemento esencial del nuevo régimen de ejecución».<sup>31</sup>

<sup>27</sup> En efecto, los «datos personales», en el sentido del artículo 4, punto 1, del RGPD, en relación con su considerando 26, incluyen los datos personales que han sido seudonimizados, pero que podrían atribuirse a una persona física mediante la utilización de información adicional.

<sup>28</sup> En la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente menciona que algunos, pero no todos, los datos personales utilizados a efectos de la fase de prueba pueden haber consistido en datos «falsos». Sin embargo, tampoco precisa qué entiende por dicho término. A este respecto, me limito a indicar que, desde mi punto de vista, la información puede calificarse de «datos personales», en el sentido del artículo 4, punto 1, del RGPD, con independencia de que contenga información exacta o falsa. Como he señalado, lo único importante es que la información se refiera a una persona física identificada o identificable. Si los datos se constituyen completamente de tal modo que no pueda considerarse que se refieren a una persona identificada o identificable, no se trata, en mi opinión, de «datos personales» y el RGPD no se aplica al tratamiento de dichos datos. Sin embargo, dicho Reglamento sigue siendo aplicable en lo que respecta a los demás datos «no falsos» recogidos durante la fase de prueba.

<sup>29</sup> He de recordar que la utilización de datos personales con el fin de probar los sistemas informáticos integrados en una aplicación móvil constituye un «tratamiento» diferente del que tiene lugar cuando la misma aplicación móvil se pone a disposición del público para su descarga. Por lo tanto, se requiere una apreciación distinta de quién es «responsable», «encargado» o «corresponsable» del tratamiento.

<sup>30</sup> Véase el artículo 24 de la Directiva 95/46.

<sup>31</sup> Véanse las «Directrices sobre la aplicación y la fijación de multas administrativas a efectos del [RGPD]» del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptadas el 3 de octubre de 2017, p. 4. Este grupo de trabajo fue sustituido posteriormente por el CEPD. No obstante, sus «Directrices sobre la aplicación de multas administrativas» siguen siendo válidas.

Aunque esta disposición aún no ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, ya ha sido aplicada por las autoridades de control, en ocasiones para imponer multas elevadas a los responsables o a los encargados del tratamiento.<sup>32</sup>

56. El artículo 83 del RGPD establece un sistema sancionador de dos niveles, en función del tipo específico de disposición infringida. Mientras que el primer nivel, que se define en el artículo 83, apartado 4, de dicho Reglamento, se aplica a situaciones en las que un responsable o un encargado del tratamiento incumple las obligaciones generales a las que está sujeto, así como determinadas obligaciones específicas, el segundo nivel se reserva, como indica el artículo 83, apartado 5, del RGPD, a infracciones más graves, como las infracciones de las disposiciones relativas, en particular, a los principios básicos para el tratamiento, los derechos de los interesados y las normas relativas a las transferencias de datos personales a un destinatario en un tercer país o una organización internacional.

57. Para ambos niveles, las autoridades nacionales competentes deben, tras haber determinado que se ha infringido una disposición específica del RGPD, realizar dos apreciaciones. En primer lugar, deben determinar si procede imponer una multa y, en segundo lugar, fijar, en su caso, su cuantía. Estas apreciaciones deben realizarse *en cada caso individual*, a la luz de los distintos factores enumerados en el artículo 83, apartado 2, del RGPD. Entre estos factores figura la «intencionalidad o negligencia en la infracción» [artículo 83, apartado 2, letra b) de este].

58. Mediante su sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si puede imponerse una multa administrativa a un responsable del tratamiento cuando este no haya incumplido de forma intencionada o negligente las normas en materia de protección de datos y el tratamiento ilícito de datos personales no lo haya llevado a cabo el propio responsable del tratamiento, sino un encargado del tratamiento. Volviendo a las conclusiones a las que he llegado en el marco de la quinta cuestión prejudicial, me parece que la sexta cuestión prejudicial se plantea en el supuesto de que, en el litigio principal, el NVSC e ITSS no puedan ser considerados «corresponsables del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD, en relación con el artículo 26, apartado 1, de dicho Reglamento, y deban ser considerados, respectivamente, «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento». En este contexto particular, el órgano jurisdiccional remitente desea aclarar las circunstancias en las que puede imponerse una multa al NVSC, con arreglo al artículo 83 del RGPD.

59. Dicho esto, debo señalar que la sexta cuestión prejudicial únicamente hace referencia al artículo 83, apartado 1, del RGPD como disposición pertinente. Sin embargo, desde mi punto de vista, los problemas planteados por esta cuestión prejudicial implican considerar el artículo 83 de dicho Reglamento en su conjunto y, en particular, como he explicado en el punto 57 anterior, tener en cuenta el artículo 83, apartado 2, letra b), de este, dado que esta disposición se refiere a la «intencionalidad o negligencia en la infracción». Por lo tanto, consideraré que la sexta cuestión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 83 del RGPD en su conjunto y no solo de su artículo 83, apartado 1.

60. A mi modo de ver, esta cuestión consta de dos partes. En primer lugar, exige al Tribunal de Justicia que determine si el artículo 83 del RGPD permite imponer multas administrativas, en general, a los responsables del tratamiento o a los encargados del tratamiento cuando no exista *mens rea* (elemento mental — culpabilidad). En esencia, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si podría imponerse una multa al NVSC por el mero hecho de haber incumplido las

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, la multa de varios millones de euros que la autoridad francesa de protección de datos impuso a Google en enero de 2019 ([https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros\\_en](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros_en)).

obligaciones que le incumben como responsable del tratamiento (responsabilidad objetiva), o si se requiere un elemento de culpabilidad en la comisión de la infracción o infracciones de que se trate. En segundo lugar, pide que se aclare si el hecho de que el tratamiento ilícito de datos personales no haya sido efectuado por el propio responsable del tratamiento, sino por un encargado del tratamiento, afecta de alguna manera a la posibilidad de que las autoridades de control impongan una multa al responsable del tratamiento.

61. Examinaré sucesivamente cada uno de estos dos aspectos.

*1. Primer aspecto: necesidad de demostrar la culpabilidad*

62. El artículo 83 del RGPD exige que todas las multas administrativas impuestas por la infracción de las normas de protección de datos sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Así se indica claramente en el apartado 1 de esta disposición. Sin embargo, este apartado no precisa si tal multa solo puede imponerse si se demuestra la existencia de culpabilidad, es decir, si la «culpabilidad» es un requisito esencial para que se imponga una multa administrativa.

63. El apartado 2, letra b), de dicha disposición enumera, en cambio, la «intencionalidad o negligencia en la infracción» entre los elementos<sup>33</sup> que las autoridades de control deben tener «debidamente en cuenta» en cada caso individual. Con arreglo al artículo 83, apartado 2, letra k), de dicho Reglamento, estos elementos deben entenderse como «factores agravantes o atenuantes» y no son exhaustivos.

64. En este contexto, considero que existen dos maneras posibles de entender el artículo 83 del RGPD.

65. Por una parte, cabe considerar que, si bien una decisión por la que se impone una multa y su cuantía deben determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de culpabilidad de que se trate (de manera que, por ejemplo, debería imponerse, en principio, una multa más elevada si la infracción resulta de una conducta intencional y, a la inversa, una conducta negligente debería acarrear una multa de menor cuantía), nada impide que también se imponga una multa *cuando no exista culpabilidad*, siempre que el encargado o el responsable del tratamiento pueda ser considerado responsable de la infracción. Esta interpretación se vería corroborada por una lectura del artículo 83, apartado 2, letras b) y k), según la cual el hecho de mencionar diferentes tipos de culpabilidad (intencionada o negligente) como «factores agravantes o atenuantes» puede implicar que la culpabilidad no es, con carácter general, un requisito esencial para la imposición de una multa.

66. Por otra parte, también cabe sostener, como hace la Comisión en el presente asunto, que la negligencia de la persona o de la entidad que cometió la infracción debe demostrarse, como *requisito mínimo*, para que pueda imponerse una multa. Este enfoque se vería corroborado por una interpretación diferente y más prudente del artículo 83, apartado 2, letras b) y k), del RGPD, a

<sup>33</sup> Más concretamente, en el artículo 83, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento. Los demás elementos enumerados en el artículo 83, apartado 2, letras a) a k), están relacionados bien con la *propia infracción* [por ejemplo, su naturaleza, gravedad y duración, letra a), o las categorías de los datos de carácter personal afectados, letra g)], bien con el *responsable o encargado* del tratamiento a los que se imponga la multa [a saber, su grado de responsabilidad, letra d); su conducta *ex ante*, como las infracciones anteriores que hayan cometido, letra e), y las medidas ordenadas previamente en su contra, letra i), y su conducta *ex post*, incluida la notificación de la infracción, letra h), las medidas que tomaron para paliar los daños y perjuicios, letra c), y el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción, letra f)]. Además, debe tenerse debidamente en cuenta «cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción» [letra k)].

saber, que estas disposiciones obligan a las autoridades de control a distinguir entre un factor atenuante (la negligencia) y un factor agravante (la intención), pero no indican que puede imponerse una multa *cuando no exista culpabilidad*.

67. La Comisión optó expresamente por esta interpretación en su propuesta inicial que llevó a la adopción del RGPD,<sup>34</sup> en la que sugirió organizar el sistema de multas como un sistema de tres niveles. Para cada nivel, la Comisión proponía que solo se pudieran imponer multas a «toda persona que, de forma deliberada o por negligencia»,<sup>35</sup> hubiera cometido una o varias de las presuntas infracciones. Así, no cabe duda de que la Comisión consideró la culpabilidad como un requisito esencial para la imposición de tal multa.<sup>36</sup>

68. Si bien, desde mi punto de vista, es posible defender ambos enfoques sobre la base de una interpretación literal del artículo 83, apartado 2, del RGPD, en la medida en que cada uno de ellos corresponde a una comprensión de la «intencionalidad o negligencia en la infracción» como un factor «agravante» o «atenuante», considero que solo el segundo enfoque refleja correctamente la intención del legislador de la Unión. Son varias las razones que me llevan a esta conclusión.

*a) Razones por las que se exige la culpabilidad*

69. En primer lugar, es preciso señalar que varios de los elementos enumerados en el artículo 83, apartado 2, del RGPD contienen una formulación específica de la que cabe deducir que tales elementos no pueden aplicarse en todos los casos, sino solo en algunos. En particular, las letras c), e) y k) del artículo 83, apartado 2, comienzan con las palabras «cualquier» o «toda» («cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios [...]», «toda infracción anterior [...]», «cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso [...]»), sugiriendo así que, aunque las autoridades de control deben tener siempre en cuenta si existen medidas paliativas, infracciones previas u otros factores agravantes o atenuantes pertinentes cuando tales elementos existan o se hayan demostrado, pueden darse efectivamente situaciones en las que tales elementos simplemente no existan, pero la autoridad competente en materia de protección de datos pueda decidir, aun así, imponer una multa (o, a la inversa, no imponerla). En el mismo orden de ideas, he de señalar que el artículo 83, apartado 2, letra i), del RGPD también está formulado de forma no sistemática, ya que exige examinar si el responsable o el encargado del tratamiento ha cumplido las medidas previstas en el artículo 58, apartado 2, de dicho Reglamento, pero *únicamente* «cuando [tales] medidas [...] hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado».

70. En cambio, el artículo 83, apartado 2, letra b), menciona «la intencionalidad o negligencia en la infracción».<sup>37</sup> Como tal, me parece que forma parte de los elementos que deben estar *presentes* y, en sentido figurado, cuya casilla debe «marcarse» en todos los casos para que pueda imponerse una multa, del mismo modo que «la naturaleza, gravedad y duración de la infracción [...]» [artículo 83, apartado 2, letra a)], «las categorías de los datos de carácter personal afectados [...]» [artículo 83, apartado 2, letra g)] y «la forma en que [se] tuvo conocimiento de la infracción [...]»

<sup>34</sup> «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 (en lo sucesivo, «propuesta inicial de la Comisión para la adopción de un Reglamento»).

<sup>35</sup> Véase el artículo 79, apartados 4, 5 y 6, de la propuesta inicial de la Comisión para la adopción de un Reglamento. Ha de señalarse que la «intencionalidad o negligencia» en la infracción también se incluyeron en la lista de elementos que figuran en el artículo 79, apartado 2, de dicha Propuesta, que debían tenerse en cuenta para fijar la *cuantía* de la multa (el subrayado es mío).

<sup>36</sup> Esta redacción se modificó posteriormente y la expresión «de forma deliberada o por negligencia» ya no figura en las disposiciones que definen los dos niveles del sistema de multas establecido por el RGPD.

<sup>37</sup> El subrayado es mío.

[artículo 83, apartado 2, letra h)]. Estos otros elementos también deben, desde mi punto de vista, estar «presentes» en todos los casos: por ejemplo, la «naturaleza, gravedad y duración de la infracción» pueden diferir considerablemente de un asunto a otro (y, por lo tanto, pueden considerarse una razón «para» o «contra» la imposición de una multa). Sin embargo, en todos los casos habrá que tener en cuenta *la* naturaleza, *cierta* gravedad y *cierta* duración de la infracción. A mi modo de ver, esto constituye un primer indicio de que las multas administrativas se introdujeron en el artículo 83 del RGPD para imponerse únicamente en situaciones en las que la presunta infracción se cometió de forma intencionada o negligente.<sup>38</sup>

71. En segundo lugar, procede observar que, aunque el artículo 83, apartado 2, del RGPD no indica expresamente que la infracción deba haberse producido «de forma intencionada o negligente», no ocurre lo mismo con el apartado 3 de dicha disposición, que contiene una norma general que excluye la acumulación de multas administrativas. Dicho apartado se refiere *únicamente* a la situación en que la infracción o infracciones de que se trate se hayan producido «de forma intencionada o negligente».

72. En mi opinión, de ello se desprende lógicamente que el artículo 83, apartado 2, del RGPD debe interpretarse en el sentido de que puede imponerse una multa *únicamente si* la presunta infracción se ha producido de forma intencionada o negligente. En efecto, si el ámbito de aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 83 del RGPD fuera diferente, sería posible imponer multas acumuladas por infracciones menos graves (es decir, las cometidas *sin* culpabilidad), ya que, aunque podrían dar lugar a la imposición de una multa con arreglo a la primera de estas dos disposiciones (artículo 83, apartado 2), no estarían comprendidas en la segunda (artículo 83, apartado 3). Sin embargo, no sucedería lo mismo con las infracciones cometidas de forma negligente o intencionada, ya que todas estas infracciones estarían sujetas a la norma de no acumulación prevista en el artículo 83, apartado 3, de dicho Reglamento. Tal resultado iría claramente en contra del principio básico del régimen sancionador establecido por el RGPD, consistente en que las infracciones graves deben, en principio, ser sancionadas más estrictamente que las menos graves, y no al revés.

73. En tercer lugar, es preciso señalar que las multas impuestas con arreglo al artículo 83 del RGPD pueden dar lugar a sanciones severas. En efecto, el primer nivel, contemplado en el artículo 83, apartado 4, de dicho Reglamento, puede dar lugar a la imposición de multas de 10 000 000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. El segundo nivel prevé multas de 20 000 000 de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior (de nuevo, optándose por la de mayor cuantía).

<sup>38</sup> También puede hacerse la misma observación si se examinan las demás versiones lingüísticas del artículo 83, apartado 2, del RGPD, en particular las versiones checa, griega, española, francesa e italiana. Sin embargo, he de señalar que, en la versión italiana, se utiliza el término «le» en lugar de «any» («eventuali») en el artículo 83, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento, que se refiere a las medidas tomadas por el responsable o el encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios.

74. Por consiguiente, considero que las multas impuestas con arreglo al artículo 83 del RGPD persiguen una finalidad represiva, al menos en determinadas situaciones,<sup>39</sup> y presentan un grado de severidad elevado tal que pueden revestir un carácter penal<sup>40</sup> y, por lo tanto, estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta» ).<sup>41</sup>

75. A la luz de esas consideraciones y, en particular, del carácter penal de las multas impuestas en virtud del artículo 83 del RGPD, podría resultar tentador alegar que permitir que dichas multas se impongan cuando no exista culpabilidad sería incompatible con el requisito previsto en el apartado 1 de esa disposición de que las multas sean, en todos los casos, no solo «efectivas» y «disuasorias», sino también «proporcionadas». En otras palabras, sería desproporcionado imponer multas en casos en los que ni siquiera se demuestre negligencia. Sin embargo, considero que se trata de un argumento difícilmente defendible, puesto que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un régimen sancionador basado en una responsabilidad objetiva, incluso de carácter penal, no es, en sí mismo, desproporcionado en relación con el fin perseguido, si dicho régimen incita a las personas de que se trate a cumplir lo dispuesto en un Reglamento y los objetivos revisten un interés general que puede justificar la implantación de tal régimen.<sup>42</sup> Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado, en relación con el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (que se corresponde con el artículo 49 de la Carta),<sup>43</sup> que, si bien la sanción prevista en dicha disposición exige, en general, que exista un vínculo mental a través del cual pueda detectarse un elemento de responsabilidad en la conducta de la persona que cometió materialmente el delito, este requisito no excluye la existencia de determinadas formas de responsabilidad objetiva.<sup>44</sup>

76. Dicho esto, infiero de esta jurisprudencia que el *mens rea* se exige, por regla general, para imponer una sanción penal y que, por lo tanto, la responsabilidad objetiva constituye una especie de «excepción» a esta regla general, en la medida en que debe estar justificada a la luz de los objetivos perseguidos por el Reglamento.

77. Considerando el RGPD en su conjunto, soy de la opinión de que el legislador de la Unión previó las multas administrativas como *únicamente una* de las herramientas proporcionadas en dicho instrumento para garantizar el cumplimiento efectivo. En efecto, las multas deben

<sup>39</sup> Según el Grupo de Trabajo del Artículo 29, las multas administrativas son «medidas correctivas» cuyo objetivo puede ser «restablecer el cumplimiento de la normativa o *castigar* un comportamiento ilícito (o ambos)» (el subrayado es mío) (véanse las «Directrices sobre la aplicación y la fijación de multas administrativas a efectos del [RGPD]» del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptadas el 3 de octubre de 2017, p. 6).

<sup>40</sup> Véase, por analogía, la sentencia de 2 de febrero de 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84), apartado 43. He de recordar que tres criterios son pertinentes para la evaluación del carácter penal de las sanciones: el primero es la calificación jurídica de la infracción en el Derecho interno, el segundo se refiere a la propia naturaleza de la infracción y el tercero es relativo a la gravedad de la sanción que puede imponerse al interesado (véanse el apartado 42 de dicha sentencia y la sentencia de 5 de junio de 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, apartado 37; véase también TEDH, sentencia de 8 de junio de 1976, Engel y otros c. Países Bajos, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, § 82). No deben cumplirse todos los criterios para que una multa pueda considerarse de carácter penal (véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto ThyssenKrupp Nirosta/Comisión, C-352/09 P, EU:C:2010:635, punto 50 y jurisprudencia citada).

<sup>41</sup> El artículo 49 de la Carta, titulado «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas», establece, en su apartado 3, que «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

<sup>42</sup> Véanse las sentencias de 9 de febrero de 2012, Urbán (C-210/10, EU:C:2012:64), apartado 48; de 13 de noviembre de 2014, Reindl (C-443/13, EU:C:2014:2370), apartado 42; de 20 de diciembre de 2017, Global Starnet (C-322/16, EU:C:2017:985), apartado 63, y de 22 de marzo de 2017, Euro-Team y Spirál-Gép (C-497/15 y C-498/15, EU:C:2017:229), apartados 53 y 54. Estas sentencias ilustran el hecho de que esta jurisprudencia ha sido aplicada a diferentes ámbitos del Derecho de la Unión.

<sup>43</sup> Véanse las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» (DO 2007, C 303, p. 117). En virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, el nivel de protección ofrecido por el artículo 49 de esta no puede ser inferior al garantizado por el artículo 7 del CEDH.

<sup>44</sup> Véase TEDH (Gran Sala), sentencia de 28 de junio de 2018, GIEM s.r.l. y otros c. Italia (CE:ECHR:2018:0628JUD000182806), §§ 242 y 243.

imponerse «a título adicional o sustitutivo de» las demás medidas enumeradas en el artículo 58, apartado 2, de dicho Reglamento, que confiere a las autoridades de control una serie de poderes correctivos (como el poder de sancionar con advertencias o con apercibimientos o de emitir órdenes).<sup>45</sup> Además, en las situaciones en las que no se imponga una multa administrativa en aplicación del artículo 83 del RGPD, las autoridades de control tienen la posibilidad de imponer otras sanciones de conformidad con el artículo 84 de dicho Reglamento.<sup>46</sup>

78. En mi opinión, de estas disposiciones se deduce claramente que, al adoptar dicho Reglamento, el legislador de la Unión no pretendió que *toda* infracción de las normas en materia de protección de datos se sancionara con una multa administrativa. Más bien pretendió establecer un sistema flexible y diferenciado de sanciones. Así lo confirma el considerando 148 del RGPD, que indica que las autoridades de control pueden abstenerse de imponer una multa administrativa, y en su lugar imponer un apercibimiento, en caso de «infracción leve, o si la multa que probablemente se impusiera constituyese una carga desproporcionada para una persona física». En este contexto, limitar la aplicación del artículo 83 del RGPD a situaciones en las que se acredite una negligencia, como requisito mínimo, está, a mi modo de ver, en consonancia con tales objetivos y con la lógica general de esas distintas disposiciones, con arreglo a las cuales la imposición de multas administrativas debe reservarse a determinados tipos de incumplimientos.

79. Asimismo, considero que, cuando el legislador de la Unión ha manifestado su voluntad de introducir una responsabilidad objetiva o presunta en el RGPD, lo ha hecho utilizando una formulación específica que aparece en el artículo 83 de este. Por ejemplo, por lo que respecta a la responsabilidad civil (es decir, la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento frente a los interesados), que se establece en el artículo 82 del RGPD, el legislador de la Unión ha indicado que los responsables y encargados del tratamiento tienen la obligación estricta de indemnizar los daños y perjuicios que causen a los interesados, *a menos* que puedan probar que no son en modo alguno responsables del hecho que haya causado los daños y perjuicios.<sup>47</sup> El artículo 83 de dicho Reglamento, en cambio, no contiene una formulación similar a la del artículo 84 del RGPD. Esto, a mi parecer, confirma que el legislador de la Unión no pretendió establecer un sistema de multas basado en una responsabilidad objetiva o presunta.

80. En cuarto lugar, y lo que quizá es más importante, considero que, en la práctica, el umbral de una infracción del RGPD por negligencia en el sentido del artículo 83, apartado 2, letra b), de dicho Reglamento es, en cualquier caso, tan bajo que es difícil contemplar situaciones en las que sea imposible imponer una multa por el mero hecho de que no concurra ese elemento. Por este motivo, considero que el mero hecho de que deba demostrarse dolo o culpa para imponer una multa con arreglo al artículo 83 de dicho Reglamento no pone en peligro el objetivo del legislador de la Unión de garantizar la aplicación efectiva de las normas de protección de datos que figura en él, sino todo lo contrario.

81. Algunos han aducido, a este respecto, que el mero hecho de no tomar ninguna medida en una situación en la que el responsable o el encargado del tratamiento tiene simplemente dudas en cuanto a la legalidad del tratamiento efectuado constituye ya una aceptación deliberada de una

<sup>45</sup> Véanse el artículo 58, apartado 2, letra i), y el artículo 83, apartado 2, del RGPD.

<sup>46</sup> Con arreglo al artículo 84, apartado 1, del RGPD, «los Estados miembros establecerán las normas en materia de otras sanciones aplicables a las infracciones [...], en particular las infracciones que no se sancionen con multas administrativas de conformidad con el artículo 83, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su observancia». El considerando 152 de dicho Reglamento explica que el artículo 84 se aplica en los casos en que el RGPD «no armoniza las sanciones administrativas, o en otros casos en que se requiera, por ejemplo, en casos de infracciones graves».

<sup>47</sup> Véase, a este respecto: Chamberlain, J., y Reichel, J., «The relationship between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation», vol. 89, n.º 4, *Mississippi Law Journal*, 2020, pp. 677 y 679.

posible infracción del RGPD y, en consecuencia, una negligencia grave.<sup>48</sup> Además, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha sugerido que una infracción por negligencia equivale, en muchos aspectos, a una infracción «involuntaria», dado que, en su opinión, tal infracción puede existir cuando no hubo intención de cometer la infracción y el responsable o encargado del tratamiento se limitó a incumplir su obligación de diligencia.<sup>49</sup> En particular, ha indicado que incluso un mero y simple «error humano»<sup>50</sup> puede ser indicativo de negligencia.

82. Me vienen a la mente dos conclusiones. En primer lugar, la línea entre una infracción cometida sin culpabilidad de forma completamente involuntaria y una infracción por negligencia es, de hecho, muy fina. Creo que las autoridades de control rara vez tendrán dificultades para encontrar elementos suficientes que indiquen que la presunta infracción se produjo al menos por negligencia. A este respecto, he de señalar que la doctrina ha indicado que «habida cuenta de las numerosas acciones de sensibilización [...] para garantizar el cumplimiento del RGPD, es difícil imaginar [...] infracciones del RGPD que no se hayan cometido, al menos, por negligencia».<sup>51</sup> Estoy plenamente de acuerdo, y he de recordar que el RGPD tiene específicamente por objeto garantizar que los responsables y encargados del tratamiento tengan conocimiento de las normas de protección de datos, lo que hace aún más difícil, en mi opinión, considerar que una infracción pueda producirse sin la más mínima culpabilidad (ni siquiera negligencia).<sup>52</sup>

83. En segundo lugar, este resultado parece perfectamente coherente con el objetivo principal del RGPD, que es garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas dentro de la Unión.<sup>53</sup> En efecto, las multas tienen un efecto disuasorio.<sup>54</sup> Gracias al incentivo que establecen para que los responsables y encargados del tratamiento cumplan el RGPD, contribuyen globalmente a reforzar la protección de los interesados y constituyen, en consecuencia, un elemento clave para garantizar el respeto de sus derechos.<sup>55</sup> Desde mi punto de vista, de ello se desprende que, si bien no puede prescindirse de la «culpabilidad», el grado de culpabilidad exigido para que se aplique el artículo 83 de dicho Reglamento debe ser suficientemente bajo, con el fin de garantizar un nivel adecuado de protección de los interesados.

84. Además, me gustaría subrayar que este enfoque que propongo que adopte el Tribunal de Justicia confirmaría también la equiparación del sistema de multas establecido por esta disposición con el previsto en el artículo 23, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003<sup>56</sup> para las infracciones del Derecho de la competencia. El hecho de que este otro sistema de multas ha

<sup>48</sup> Véase Nemitz, P., «Fines under the GDPR» en Leenes, R., van Brakel, R., Gutwirth, S., y De Hert, P., *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 241.

<sup>49</sup> En cambio, ha definido el concepto de «intención» en el sentido que incluye tanto el conocimiento como la voluntariedad en relación con las características de un delito (véanse las «Directrices sobre la aplicación y la fijación de multas administrativas a efectos del [RGPD]» del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptadas el 3 de octubre de 2017 p. 11).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 12. Otras circunstancias mencionadas incluyen la mera falta de lectura y aceptación de las políticas existentes, la falta de comprobación de datos personales en la información publicada, la falta de aplicación de actualizaciones técnicas de un modo oportuno o la falta de adopción de políticas.

<sup>51</sup> Véase Nemitz, P., «Fines under the GDPR» en Leenes, R., van Brakel, R., Gutwirth, S. y De Hert, P., *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*, Hart Publishing, 2019, p. 240.

<sup>52</sup> Véanse los considerandos 122 y 132 del RGPD.

<sup>53</sup> Véase, en particular, el considerando 1 del RGPD, que recuerda, por referencia al artículo 8, apartado 1, de la Carta, y al artículo 16 TUE, apartado 1, que la protección de los datos personales es un derecho fundamental. Véanse asimismo los considerandos 10, 11 y 13 de dicho Reglamento, y la sentencia de 24 de septiembre de 2019, Google (Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces) (C-507/17, EU:C:2019:772), apartado 54.

<sup>54</sup> Véase el considerando 148 del RGPD.

<sup>55</sup> Véase Chamberlain, J., y Reichel, J., «The relationship between Damages and Administrative Fines in the EU General Data Protection Regulation», vol. 89, n.º 4, *Mississippi Law Journal*, 2020, p. 685.

<sup>56</sup> Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1).

inspirado el tenor del artículo 83 del RGPD queda confirmado por el considerando 150 de este, que establece que «si las multas administrativas se imponen a una empresa, por tal debe entenderse una empresa con arreglo a los artículos 101 y 102 del TFUE», así como por otras similitudes entre estos dos sistemas de multas, como el hecho de que en ambos sistemas la cuantía de las multas puede, en el caso de las empresas, basarse en su volumen de negocio. Es preciso observar también que varios de los factores enumerados en el artículo 83, apartado 2, del RGPD reflejan los que son pertinentes para determinar la cuantía de una multa por infracciones del Derecho de la competencia.<sup>57</sup>

85. Una vez expuestas las razones por las que considero que debe demostrarse la existencia de culpabilidad para que pueda imponerse una multa a un responsable o encargado del tratamiento con arreglo al artículo 83, apartado 2, del RGPD, me queda decir unas palabras sobre la línea de razonamiento expuesta por el Consejo y el Gobierno lituano. Según dichas partes, corresponde a los Estados miembros decidir si la culpabilidad es necesaria o no para que pueda imponerse una multa administrativa.

86. Por mi parte, sencillamente no estoy de acuerdo con esa sugerencia.

*b) Por qué los Estados miembros no disponen de ningún margen de apreciación en cuanto a la cuestión de si es necesario que exista culpabilidad*

87. Me parece evidente que uno de los objetivos esenciales del RGPD y, en particular, de su artículo 83 es lograr un mayor nivel de *armonización* en toda la Unión en lo que respecta, concretamente, a la imposición de multas.<sup>58</sup> Como tal, soy de la opinión de que, contrariamente a lo aducido por el Consejo y el Gobierno lituano, el legislador de la Unión *no* pretendió que los Estados miembros dispusieran de un margen de apreciación sobre la exigencia o no de culpabilidad.

88. Es cierto que la legislación nacional puede establecer requisitos adicionales en relación con el *procedimiento* que deben seguir las autoridades de control para imponer una multa (en relación con cuestiones como la notificación de la multa y los plazos de presentación de observaciones, recurso, ejecución y pago).<sup>59</sup> Esto se desprende claramente del artículo 83, apartado 8, del RGPD, que establece que el ejercicio por las autoridades de control de sus competencias sancionadoras estará «sujeto a garantías procesales adecuadas», que se establecerán en el Derecho nacional, siempre que se garantice el respeto del Derecho de la Unión (entre ellas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías).

<sup>57</sup> Véase la sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión (C-386/10 P, EU:C:2011:815), apartados 56 y 57, y jurisprudencia citada. A este respecto, he de señalar que, si bien es preciso demostrar la intencionalidad o la negligencia antes de imponer una multa por infracción de las normas del Derecho de la competencia, este requisito también es muy bajo en la práctica. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no pueda ignorar que su conducta es contraria a la competencia, tenga o no conciencia de estar infringiendo las normas de competencia (véase la sentencia de 10 de julio de 2014, Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 156 y jurisprudencia citada).

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, el considerando 9 del RGPD, que indica que las diferencias en el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas entre los Estados miembros «imp[iden] la libre circulación de los datos de carácter personal» y «constitu[en] [...] un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión».

<sup>59</sup> Véanse los considerandos 129 [«esto no debe obstar a que se impongan requisitos adicionales con arreglo al Derecho *procesal* de los Estados miembros» (el subrayado es mío)] y 150 del RGPD. Véanse también, a este respecto, las «Directrices sobre la aplicación y la fijación de multas administrativas a efectos del [RGPD]» del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptadas el 3 de octubre de 2017, p. 6.

89. Sin embargo, este margen de apreciación no puede extenderse a los requisitos *sustantivos* que se aplican a la imposición de una multa, como el grado de culpabilidad. Desde mi punto de vista, esta conclusión se desprende directamente de varios considerandos de dicho Reglamento,<sup>60</sup> que indican que el sistema de multas administrativas establecido por el artículo 83 del RGPD fue concebido por el legislador de la Unión para lograr resultados coherentes en el territorio de la Unión.

90. En aras de la exhaustividad, debo añadir que, dado que las multas tienen un fuerte impacto en la competencia entre empresas, así como repercusiones significativas en el mercado, es fundamental, bajo mi punto de vista, que el artículo 83 del RGPD se aplique de manera coherente, ya que, de lo contrario, podría contribuir realmente a introducir distorsiones de competencia entre empresas.<sup>61</sup>

2. *Segundo aspecto: ¿puede imponerse una multa a un responsable del tratamiento por una infracción cometida en un contexto en el que el tratamiento ilícito no fue realizado por él mismo, sino por un encargado del tratamiento?*

91. Mediante la segunda parte de la sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si puede imponerse una multa a un responsable del tratamiento con arreglo al artículo 83 del RGPD en un contexto en el que el tratamiento ilícito de datos personales *no* fue realizado por el propio responsable del tratamiento, sino por un encargado del tratamiento (en el presente asunto, ITSS).

92. En mi opinión, debe responderse afirmativamente a esta cuestión.

93. A este respecto, es preciso recordar que, como he indicado en el punto 27 anterior, un responsable del tratamiento no necesita tratar por sí mismo ninguno de los datos personales, siempre que determine «el por qué y el cómo» de las operaciones de tratamiento de que se trate. He de añadir que el artículo 4, punto 8, del RGPD define al «encargado del tratamiento» como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales *por cuenta* del responsable del tratamiento».<sup>62</sup>

94. Estas definiciones confirman, a mi parecer, que, en el contexto de la aplicación del RGPD, un responsable del tratamiento puede ser considerado responsable y, en consecuencia, ser multado, con arreglo al artículo 83 de dicho Reglamento, en una situación en la que los datos personales son objeto de un tratamiento ilícito y dicho tratamiento ilícito *no* ha sido realizado por el propio responsable del tratamiento, sino por un encargado del tratamiento. Esta posibilidad sigue vigente mientras dicho encargado del tratamiento trate datos personales *por cuenta* del responsable del tratamiento.

<sup>60</sup> A este respecto, es preciso señalar que el considerando 10 del RGPD establece que «el nivel de protección [...] debe ser equivalente en todos los Estados miembros», mientras que los considerandos 11, 13 y 129 de dicho Reglamento exigen que en los Estados miembros se reconozcan poderes equivalentes para supervisar y garantizar el cumplimiento y que las infracciones se castiguen con sanciones equivalentes. El considerando 152 de dicho Reglamento, por su parte, indica que los Estados miembros deben aplicar un sistema que establezca tales sanciones únicamente en la medida en que este Reglamento no armonice las sanciones administrativas (o cuando se requiera de otro modo) (véase también el considerando 150 del RGPD).

<sup>61</sup> Véase, a este respecto, Voss, W. G., y Bouthinon-Dumas, H., «EU General Data Protection Regulation Sanctions in Theory and in Practice», vol. 37, *Santa Clara High Tech*, 2020, p. 44.

<sup>62</sup> El subrayado es mío.

95. Este será el caso mientras el encargado del tratamiento actúe en el ámbito del mandato que le ha conferido el responsable del tratamiento y trate los datos de conformidad con las instrucciones legales recibidas del responsable del tratamiento.<sup>63</sup> Sin embargo, si el encargado del tratamiento va más allá del ámbito de dicho mandato y utiliza para sus propios fines los datos recibidos como encargado del tratamiento, y está claro que las partes no son «corresponsables del tratamiento», en el sentido del artículo 4, punto 7, y del artículo 21, apartado 6, del RGPD, el responsable del tratamiento no puede, en mi opinión, ser multado con arreglo al artículo 83 de dicho Reglamento en relación con el tratamiento ilícito realizado.<sup>64</sup>

96. De ello se desprende que, en un asunto como el del litigio principal, puede imponerse una multa al NVSC, con arreglo al artículo 83 de RGPD, aun cuando los datos personales hayan sido tratados de manera ilícita *únicamente* por ITSS y el NVSC no haya participado en dicho tratamiento. Esta posibilidad existe siempre que pueda considerarse que dicha sociedad ha tratado datos personales por cuenta del NVSC, lo que no será el caso si ITSS actuó al margen de las instrucciones legales del NVSC o en contradicción con ellas y utilizó datos personales para sus propios fines, y queda claro que el NVSC e ITSS no actuaron como corresponsables del tratamiento.

## V. Conclusión

97. A la luz de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vilna, Lituania) del siguiente modo:

«1) El artículo 4, punto 7, 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),

debe interpretarse en el sentido de que

una entidad que inicia el desarrollo de una aplicación móvil únicamente podrá ser considerada “responsable del tratamiento”, en el sentido de dicha disposición, en una situación en la que existan suficientes elementos de carácter fáctico, más que formal, que permitan a los órganos jurisdiccionales nacionales concluir que tal entidad ejerció una influencia efectiva tanto sobre los “fines” como sobre los “medios” de dicho tratamiento y que dio su consentimiento efectivo para la divulgación al público de la aplicación móvil y, en consecuencia, para el tratamiento de los datos personales.

2) Esta disposición, en relación con el artículo 26, apartado 1, de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que,

<sup>63</sup> Con arreglo al artículo 29 del RGPD, «el encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros».

<sup>64</sup> De conformidad con el artículo 28, apartado 10, del RGPD, el encargado del tratamiento será considerado responsable del tratamiento con respecto al tratamiento de tales datos. Véase también, a este respecto, Rücker, D., y Kugler, T., *New European General Data Protection Regulation, A Practitioner's Guide*, C. H. Beck, Hart y Nomos, Oxford, 2018, p. 30.

para que dos o más responsables del tratamiento puedan ser considerados “corresponsables del tratamiento”, deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, cada corresponsable del tratamiento debe cumplir de manera autónoma los criterios enumerados en la definición de “responsable del tratamiento” que figura en el artículo 4, punto 7, de dicho Reglamento y, en segundo lugar, la influencia de los responsables del tratamiento en los “fines y medios” del tratamiento debe ejercerse conjuntamente. Además, la falta de acuerdo o incluso de coordinación entre los responsables del tratamiento no puede, por sí sola, excluir la conclusión de que estos son “corresponsables del tratamiento” en el sentido de dichas disposiciones.

3) El artículo 4, punto 2, de dicho Reglamento

debe interpretarse en el sentido de que

el concepto de “tratamiento” comprende una situación en la que los datos personales se utilizan durante la fase de prueba de una aplicación móvil, a menos que dichos datos se hayan anonimizado de manera que el interesado no sea identificable o deje de serlo. El hecho de que los datos personales se recojan con el fin de probar los sistemas informáticos integrados en una aplicación móvil o con otros fines no influye, por su parte, en la cuestión de si la operación en cuestión debe calificarse de “tratamiento”.

4) El artículo 83 del Reglamento 2016/679

debe interpretarse en el sentido de que

solo puede imponerse una multa para sancionar una infracción de las normas de dicho Reglamento que se haya cometido “de forma intencionada o negligente”. Además, un responsable del tratamiento puede ser multado con arreglo a dicha disposición aun cuando sea el encargado del tratamiento quien lleve a cabo el tratamiento ilícito. Esta posibilidad existe siempre que se demuestre que el encargado del tratamiento actúa por cuenta del responsable del tratamiento. Sin embargo, si el encargado del tratamiento trata datos personales al margen de las instrucciones legales del responsable del tratamiento o en contradicción con ellas y utiliza los datos personales recibidos para sus propios fines, y queda claro que las partes no son “corresponsables del tratamiento”, en el sentido del artículo 4, punto 7, y del artículo 21, apartado 6, de dicho Reglamento, el responsable del tratamiento no puede ser multado con arreglo al artículo 83 de dicho Reglamento en relación con el tratamiento ilícito realizado.»