



Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable

Alfonso Ortega Giménez

Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular)

de Derecho Internacional Privado.

Universidad Miguel Hernández de Elche

Extracto

El flujo internacional de datos personales constituye un sector económico creciente que va adquiriendo gran fuerza comercial para las empresas; frente a la obtención o tratamiento ilícito de la información de naturaleza personal se debe proporcionar a su titular mecanismos de defensa adecuados y efectivos. En este contexto el Reglamento general de protección de datos de la UE ha traído consigo nuevas reglas de competencia judicial internacional, donde el sujeto puede solicitar las correspondientes acciones contra un responsable o encargado de tratamiento de datos ante los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento, o ante los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual. La primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, cuyas cláusulas pueden estar sujetas a las leyes de otro Estado según el Reglamento Roma I.

Palabras clave: protección de datos; competencia judicial internacional; ley aplicable; responsabilidad extracontractual.

Fecha de entrada: 06-07-2020 / Fecha de aceptación: 28-07-2020

Cómo citar: Ortega Giménez, A. (2020). Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable. *Revista CEFLegal*, 235-236, 53-80.



International illicit treatment of personal data, general regulation of data protection of the EU and international private law: international jurisdiction and determination of applicable law

Alfonso Ortega Giménez

Abstract

The international flow of personal data constitutes a growing economic sector that is acquiring great commercial force for companies, in the face of obtaining or illicit processing of personal information, adequate and effective defence mechanisms must be provided to the owner. In this context, the General Regulation of Data Protection of the EU has brought with it new rules of international judicial jurisdiction where the subject can request the corresponding actions against a person in charge of data processing before the courts of the state in which the person in charge has an establishment, or before the courts of the state where the interested party has his habitual residence. The primacy of data protection legislation is manifested in a limited autonomy of the law applicable in a contractual clause, whose clauses may be subject to the laws of another state under the Rome I Regulation.

Keywords: data protection; international jurisdiction; applicable law; non-contractual liability.

Citation: Ortega Giménez, A. (2020). Tratamiento ilícito internacional de datos personales, Reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable. *Revista CEFLegal*, 235-236, 53-80.



Sumario

1. Planteamiento
 2. Resolución judicial internacional de controversias y Reglamento general de protección de datos
 - 2.1. El derecho a la indemnización por un tratamiento ilícito de datos personales
 - 2.2. Tratamiento ilícito internacional de datos personales: competencia judicial internacional
 - 2.2.1. En los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento
 - 2.2.2. En los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual
 3. Determinación de la ley aplicable y el Reglamento general de protección de datos
 - 3.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión Europea
 - 3.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea
 - 3.3. Tutela judicial civil contra responsables o encargados
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Planteamiento

El flujo internacional de datos personales no solo constituye una industria auxiliar respecto de empresas, entidades o personas que se dedican a realizar o utilizar las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional, sino que se constituye en un sector económico creciente que va adquiriendo gran fuerza comercial para las empresas.

Frente a la obtención o tratamiento ilícito de la información de naturaleza personal se debe proporcionar a su titular mecanismos de defensa adecuados y efectivos. Esto se logra mediante un juego contrapuesto de atribución de derechos para el titular de los datos y de imposición de obligaciones para aquellos que captan o procesan los mismos o ejercen un control sobre dicho tratamiento de datos. La búsqueda de soluciones equidistantes en la satisfacción de los intereses legítimos implicados en las transferencias internacionales de datos no es fácil. En especial, debido a las diferencias palmarias existentes en el panorama comparado entre los distintos niveles de protección de los derechos y libertades de las personas y su intimidad. Mientras eso llega, los sistemas nacionales de derecho internacional privado se han convertido en el último refugio del titular de datos de naturaleza personal, enfrentado a una violación de sus derechos.

Ahora bien, la intervención del derecho internacional privado (Carrascosa González, 1992, pp. 417-418) no debe ser una intervención cualquiera, sino que debe buscar la tutela adecuada, equilibrada y eficaz del perjudicado por un tratamiento ilícito de sus datos de carácter personal, sobre todo en un contexto en el que las empresas dedicadas al tratamiento de datos personales pueden deslocalizar interesadamente (= *forum shopping*) su establecimiento principal en los Estados miembros que apliquen la normativa vigente en materia de protección de datos de una forma permisiva, o cuyas autoridades de control, por sus competencias, estructura y recursos, estén en peores condiciones para garantizar eficazmente

el cumplimiento de la normativa (= el 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 –en lo sucesivo, RGPD–])^{1 2}.

Efectivamente, la entrada en vigor del RGPD supone una armonización y unidad de criterio en cuanto a la aplicación (homogénea y coherente) y garantía del derecho fundamental a la protección de datos. El RGPD contribuye a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, haciendo que «el tratamiento de los datos personales esté concebido para servir a la humanidad, esto es, al bienestar de las personas físicas»³.

Si bien es cierto que el RGPD es complejo, burocrático y, en muchos aspectos, hasta confuso y de difícil comprensión y contradictorio (porque no es un texto cerrado, sino una regulación que se remite a un haz de leyes de los Estados miembros), cumple su cometido: da respuesta a las deficiencias de la vieja Directiva 95/46/CE (como, p. ej., la existencia de importantes diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros y la necesidad de aumentar los esfuerzos para sancionar a aquellos que incumplían la normativa en protección de datos personales), construyendo un nuevo modelo europeo de protección de datos, situando a la persona en el centro de su actuación y convirtiendo la protección de su privacidad en una prioridad para los poderes públicos; y que por su configuración extraterritorial debe, a través de un sistema de cooperación y coherencia, cohabitar con otros reglamentos comunitarios (como, p. ej., como veremos, con el Reglamento Bruselas I bis)⁴.

En la medida en que las acciones objeto del artículo 82 del RGPD tienen un carácter «civil-mercantil», que a su vez se encuadran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1 del Reglamento Bruselas I bis, y cuya materia no está en los supuestos de exclusión del artículo 1.2, debemos preguntarnos: ¿cuál es la relación existente entre ambos instrumentos normativos en lo que a la competencia judicial internacional se refiere?

El RGPD ha transformado el sistema de derecho internacional privado para adaptarlo a las disputas globales y multijurisdiccionales que genera la protección de datos (Kuner, 2017, p. 20).

¹ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

² *Vid.*, en sentido amplio, López Calvo (2017).

³ *Vid.*, en sentido amplio, López Calvo (2018).

⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1 de 20 de diciembre de 2012).

En el presente trabajo, se tratará la reclamación de los afectados debido al uso ilícito de los datos personales tratados desde la perspectiva del derecho internacional privado, explicando el nuevo derecho a la indemnización que establece el RGPD, y abordando las cuestiones sobre la determinación de la competencia judicial internacional por el nuevo régimen de compatibilidad entre el Reglamento Bruselas I bis y el RGPD. Una vez determinado la competencia judicial internacional, procederemos a analizar la determinación de la ley aplicable a este tipo de casos.

2. Resolución judicial internacional de controversias y Reglamento general de protección de datos

2.1. El derecho a la indemnización por un tratamiento ilícito de datos personales

El artículo 82 del RGPD (*ex* artículo 23 de la Directiva 95/46/CE)⁵ regula el derecho a indemnización de las personas físicas por los daños producidos por un tratamiento ilícito de sus datos personales⁶. El reglamento refuerza el artículo 82 con el artículo 83 relativo a las condiciones generales para la imposición de multas y con el artículo 84 de las sanciones, que se pueden imponer al encargado del tratamiento de datos que infrinja lo dispuesto en el RGPD y demás posibles responsables.

Como podemos observar, el artículo 82, en su apartado primero, es muy claro al establecer que la indemnización comprende los «daños y perjuicios materiales o inmateriales» de la persona afectada, por lo tanto, cuando el precepto dice «daños y perjuicios», no debemos hacer una interpretación restrictiva del mismo.

Además, para que se produzca la indemnización, uno de los elementos importantes es que el daño producido sea real y efectivo, que sea evaluable económicamente e individualizable, con relación a una persona o grupo de personal, al igual que sucede en el derecho interno (= artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

⁵ A diferencia del artículo 23 de la Directiva 95/46/CE que contenía un mandato a los legisladores nacionales para que regulasen el derecho a una indemnización de aquellos perjudicados con un tratamiento ilícito de sus datos personales, el artículo 82 del RGPD, que introduce el citado derecho de las personas físicas, es de carácter uniforme y de obligatorio cumplimiento por los Estados miembros, con las necesarias adaptaciones a los sistemas de responsabilidad civil o patrimonial de cada uno de ellos. *Vid.* Nieto Garrido (2016) y Brito Izquierdo (2018).

⁶ *Vid.*, en particular, Gonzalo Doménech (2018).

co del Sector Público)⁷. Por tanto, el RGPD establece una reparación integral de la persona perjudicada que cubra no solo los daños físicos y patrimoniales, sino también los daños morales⁸.

Dicha indemnización puede derivar tanto de una responsabilidad contractual como de una responsabilidad extracontractual. De los actos que realiza el responsable del tratamiento de datos no hace una mención específica, aunque en el apartado segundo del artículo observamos que la responsabilidad se puede derivar tanto de una acción u omisión, es decir, si el responsable del tratamiento deja de hacer algo que le era de obligado cumplimiento, esa omisión es generadora de responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad por daños, con fines resarcitorios, que no deriva de un incumplimiento contractual y que, por tanto, no pretende resarcir dicho incumplimiento, sino la lesión de un derecho fundamental.

Otro dato que denota la amplia protección del RGPD es la responsabilidad solidaria que establece el apartado cuarto, el cual señala que «cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado». Apuntar que la responsabilidad solidaria no es absoluta, sino que, si se demuestra que alguno de los encargados del tratamiento de los datos no ha sido responsable del daño producido, podrá repetir la cantidad a la que hizo frente en concepto de indemnización a los responsables, e incluso si, aun teniendo responsabilidad satisface la indemnización completa, también podrá exigir el abono de la parte que correspondería a cada uno de los responsables (= apartado quinto del artículo 82 del RGPD).

Es el apartado 6 del artículo 82 del RGPD el que establece dónde debe dirigirse el perjudicado para presentar su reclamación de responsabilidad patrimonial, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 79.2 del RGPD (= opción del perjudicado de presentar su reclamación no solo ante los tribunales de los Estados miembros donde el responsable o encargado tenga su establecimiento, sino, además, permitir que la acción de reclamación se presente ante los tribunales competentes del Estado miembro donde el perjudicado tenga su domicilio). Se trata, sin duda, de un gran avance en la tutela del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que elimina el obstáculo que suponía para la efectividad del derecho a una indemnización el tener que acudir a reclamar la misma a otro Estado miembro, distinto de aquel donde el perjudicado tuviese su domicilio, porque el responsable o el encargado tenía allí su establecimiento.

⁷ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁸ El concepto de «daños y perjuicios» debe interpretarse en un sentido amplio, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del RGPD (= considerando 146 el RGPD).

2.2. Tratamiento ilícito internacional de datos personales: competencia judicial internacional

La compatibilidad entre los foros del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I bis deriva del artículo 67 de este último reglamento al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares. Por su parte, el considerando 147 del RGPD afirma que las normas generales de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis «deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD». El considerando 145 estipula que el demandante «deberá tener la opción» de ejercitar las acciones en los tribunales de los Estados miembros.

El RGPD pone a disposición de los afectados la posibilidad de que puedan utilizar los foros de competencia del artículo 79.2 en contra del inciso imperativo que recoge ese mismo párrafo. Por tanto, cabe afirmar que los foros recogidos en el RGPD son complementarios a los recogidos por el Reglamento Bruselas I bis (Albrecht y Jotzo, 2017, pp 127-128)⁹. Estos foros de competencia judicial internacional serían¹⁰: a) el principio de autonomía de la voluntad, y b) los foros concurrentes.

Vista esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, quizás sería más apropiado regular las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez de en el propio RGPD para evitar así esta complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos (Brkan, 2015b, p. 275 y Hein, 2016, p. 24).

Debemos destacar que podemos encontrarnos, además de los supuestos del artículo 79 del RGPD y los propios del Reglamento Bruselas I bis, que tal perjuicio se materialice en el marco de una relación contractual, por lo que debemos atenernos a los foros concretos en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis (competencia especial en materia contractual del artículo 7.1); foros especiales de protección en materia de seguros de los artículos 10-16; foros especiales de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores de los artículos 17-19, y foros especiales de protección en materia de contratos individuales de trabajo de los artículos 20-23), y que pueden actuar con una doble función: por un lado, con el fin de establecer un foro de protección especial para la parte que ha sufrido el daño y perjuicio, que en casos en los que una parte de una relación con-

⁹ Aunque se ha entendido que los fueros del RGPD plantean conflictos con las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis. *Cfr.* Brkan (2015a, 23).

¹⁰ *Vid.*, en sentido amplio, Miguel Asensio (2017), García Romero (2016), Orejudo Prieto de los Mozos (2013) y Sancho Villa (2010); y, en particular, Gonzalo Doménech (2018).

tractual es la parte débil, como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores; y por el otro, para suplir la ausencia de unos foros especiales para los responsables del tratamiento cuando estos pretendan ejercitar alguna acción contra los afectados.

Concretando más en el fuero del establecimiento del responsable, el artículo 79.2 indica que el sujeto puede solicitar las correspondientes acciones contra un responsable o encargado en:

- Los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento, o
- Los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual.
- Si fuera contra una autoridad de control, se efectuará ante los tribunales del Estado donde ejercite sus poderes públicos.

2.2.1. En los tribunales del Estado en el que el responsable tenga un establecimiento

En virtud del primer foro, se podrá demandar en cualquier Estado donde el responsable tenga un establecimiento dentro de la UE, no teniendo que acudir al establecimiento principal.

Debe tenerse un concepto flexible de «establecimiento»; tal y como se indica en la STJUE *Weltimmo* debe extenderse «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable»¹¹. Para ello, debe valorarse también el «grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades, la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión». En la STJUE *Amazon EU Sari* se considera posible considerar la existencia de un establecimiento en un Estado miembro cuando no exista ni una filial o sucursal, siendo necesario valorar el grado de estabilidad de la instalación y la efectividad del desarrollo de las actividades en ese Estado¹², siendo posible considerar como «establecimiento» un representante de la sociedad si actúa con un grado de estabilidad suficiente¹³.

De esta consideración se desprende que cualquier establecimiento del encargado o del responsable permite atribuir la competencia a los tribunales del Estado miembro en el que esté sito. Tampoco será necesario que la acción esté dirigida a las actividades de ese concreto establecimiento, sino que la existencia de cualquier establecimiento extiende el daño causado.

¹¹ Vid. apartados 31 de la STJUE *Weltimmo* y 75 de la STJUE *Amazon EU Sari*.

¹² Vid. apartados 76 y 77.

¹³ Vid. apartado 30 de la STJUE *Weltimmo*.

2.2.2. En los tribunales del Estado donde el interesado tenga su residencia habitual

El foro alternativo que prevé el RGPD permite a los afectados demandar en los tribunales del Estado donde tengan su residencia habitual. Para su consideración, será necesario que el afectado tenga un grado de permanencia que revele una situación de estabilidad¹⁴.

La residencia habitual no es un concepto sinónimo al de «centro de intereses de la víctima» que promulga la STJUE *eDate Advertising*¹⁵ que, aunque en principio suele coincidir con la «residencia habitual», podemos encontrarlo en otro Estado cuando exista un vínculo particularmente estrecho con ese otro Estado que resulte de otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional. La consideración de este foro de competencia no parece ser la más adecuada para determinar el tribunal que debe conocer de la pretensión, puesto que no exige que exista una vinculación entre el centro de intereses y el lugar donde efectivamente se produce el daño (Orejudo Prieto de los Mozos, 2013, p. 23). Por lo que se puede dar el caso, por ejemplo, de que una persona conocida en Islandia que resida en España sin que sea conocido, sufra una difamación en España utilizando para ello la lengua islandesa. En este supuesto, el nacional islandés podrá demandar ante los tribunales españoles, aunque no se haya producido efectivamente el daño¹⁶. En el caso de que el centro de intereses del afectado no se encuentre en el Estado de residencia, sino en el Estado con vínculos profesionales (volviendo al ejemplo anterior, supongamos que este nacional trabaja como tertuliano en una televisión española, y sufre una difamación que atenta contra sus derechos a la personalidad, pero tal publicación está escrita en islandés, por lo que no tiene efecto «real» en España), en este sentido, creemos que hubiera sido mejor el criterio del Abogado General del asunto estudiado, el cual proponía como criterio para determinar la competencia –el cual rechazó seguir el TJUE– el «centro de gravedad del conflicto»¹⁷.

¹⁴ Vid. STJUE 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *Mercredi* (NCJ053874).

¹⁵ Vid. STJUE C-509/09 y C-161/10 *eDate Advertising* (NCJ055716).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) *BGH NJW* 2011.

¹⁷ El criterio del «centro de gravedad del conflicto» no es un descubrimiento reciente. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, aplican un análisis de intereses al determinar la ley aplicable que también se denomina enfoque de «contactos más significativos» o «centro de gravedad» (p. ej. *Tooker v. López*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 [1969], o *Neumeier v. Kuehner*, 31 N.Y.2d 121, 335 [1972]). Esto incluye, junto con consideraciones tradicionales como el lugar de contratación, lugar de ejecución o lugar del hecho dañoso, la consideración de qué jurisdicción mantiene la relación más significativa o los contactos con el objeto de la controversia. Estos principios están recogidos en la Section 145 of the Restatement (Second), Conflict of Laws, aprobado por el American Law Institute en 1971. El artículo 145 (1) establece que «los derechos y responsabilidades de las partes con respecto a una cuestión extracontractual son determinados por la ley del Estado que, con respecto a esa cuestión, tenga la relación más significativa con el hecho y las partes». El párrafo 2 identifica entonces los contactos que deben tenerse en cuenta en un caso de responsabilidad civil para determinar la ley aplicable a una cuestión como (a) el

Este criterio bebe del asimilado por el TJUE, que lo consagra como el lugar donde el afectado «desarrolla esencialmente su proyecto vital» (59 de las conclusiones), pero que tiene en cuenta dos criterios más:

1. El contenido de la información, esto es, si la información tiene interés en el territorio, y
2. La conexión que pueda tener con el territorio, a la luz de indicios que derivan de la propia web, tales como el nombre de dominio de primer nivel, el idioma empleado, la publicidad que esta contenga o las palabras clave que se han suministrado a motores de búsqueda para identificar la página, o incluso de indicios exteriores, tales como los registros de la página.

La compatibilidad entre los foros del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I bis deriva del artículo 67 de este último reglamento, al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares, como es el caso del artículo 79.2 del RGPD. En cuanto a los argumentos presentados por el RGPD, encontramos el considerando 147, que afirma que las normas generales de competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis «deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD». El considerando 145 estipula que el demandante «deberá tener la opción» de ejercitar las acciones en los tribunales de los Estados miembros.

Observando lo anterior, revela que el RGPD pone a disposición de los afectados la posibilidad de poder utilizar los foros de competencia del artículo 79.2, en contra del inciso imperativo que recoge ese mismo párrafo. Por lo tanto, cabe afirmar que los foros recogidos en el RGPD son complementarios a los recogidos por el Reglamento Bruselas I bis (Albrecht y Jotzo, 2017, pp 127-128)¹⁸.

La multiplicación de los tribunales estatales competentes en supuestos conectados con multitud de países quiebra la tan necesitada seguridad jurídica en el tráfico privado internacional y provoca que pueda estimarse que los efectos lesivos de un acto ilícito se puedan manifestar en todos los países del mundo desde donde fuera accesible la información lesiva (los datos de carácter personal del afectado). La pluralidad de foros de competencia que ofrecen los diferentes regímenes de competencia judicial internacional propicia la utilización del denominado *forum shopping* por parte del sujeto afectado, quien podrá optar

lugar donde ocurrió la lesión, (b) el lugar donde ocurrió la conducta que causó la lesión, (c) el domicilio, residencia, etc. de las partes en la acción y (d) el lugar donde se centra la relación, si la hay, entre las partes; estos contactos deben evaluarse en función de su importancia relativa con respecto al asunto en cuestión. (Oster, 2012, p. 120).

¹⁸ Aunque se ha entendido que los fueros del RGPD plantean conflictos con las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I bis. *Cfr.* Brkan (2015a, p. 23).

por plantear la demanda de responsabilidad extracontractual ante aquellos tribunales cuyas normas de conflicto designen como aplicable una ley que prevea un régimen de responsabilidad extracontractual más favorable para sus propios intereses.

Las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo), no solo son claramente inadecuadas para proteger a la víctima de un tratamiento ilícito internacional de sus datos, sino que pueden incluso conducir a resultados contraproducentes. En primer lugar, el recurso a la autonomía de la voluntad resulta peligroso ante una situación de desequilibrio entre las partes, tal y como se pone de manifiesto en la existencia de foros de protección (contratos individuales de trabajo, contratos de seguro y contratos celebrados por consumidores) en los diferentes sistemas de derecho internacional privado comparado. La posibilidad de que se produzca un supuesto de sumisión tácita es difícilmente verificable en la práctica: primero, porque el damnificado tendrá una tendencia lógica a demandar ante los tribunales del lugar de su residencia; segundo, porque parece evidente que el causante del daño, más que someterse a dichos tribunales, lo que haría sería impugnar su competencia, para no resultar enjuiciado por los tribunales de la contraparte. En cualquier caso, si se produce la sumisión tácita es de suponer que el demandante (perjudicado) habrá realizado un cálculo previo de las posibilidades de éxito de su reclamación. Suposición que, dadas las características de los afectados y del conocimiento especializado que requiere el tratamiento de las situaciones privadas internacionales, dista mucho de coincidir con el estudio de campo realizado respecto de estas infracciones. La prorrogación expresa de fuero será, cuando menos, igual de difícilmente verificable que el supuesto de la sumisión tácita y, además, ciertamente peligroso para el perjudicado, dada la situación de desigual *bargaining power* en el que se encuentran las partes enfrentadas.

El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual (= artículo 7.3) del Reglamento Bruselas I bis, *forum delicti commissi*, merece un análisis más detenido, como solución potencial y manifiestamente mejorable. Es la solución tradicional más extendida en el campo comparado y presente en nuestro derecho positivo.

La tutela que precisaría un supuesto de tratamiento ilícito internacional de datos para reequilibrar las posiciones de las partes requeriría interpretar el *forum delicti commissi* en un sentido favorable a la víctima. Esto es, identificándolo con el lugar de residencia habitual del perjudicado. Esta propuesta es consciente de las habituales y compartibles críticas generales al denominado *forum actoris*, pero perfectamente defendible en este caso por su adecuación a las necesidades tuitivas del supuesto tipo y, además, acorde con la jurisprudencia más reciente del TJUE (Sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising* (C509/09) y *Martínez y Martínez* (C161/10)). Habrá, por tanto, que remitirse al *lugar de residencia habitual de la víctima*, aunque no como *lugar del hecho dañoso*, sino como *lugar de realización global de la acción generadora de dicha responsabilidad extracontractual*.

Estas situaciones dificultan la determinación del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que se manifiesta en dos preguntas:

1. ¿Cuál es el lugar donde tienen lugar el evento generador del daño? Debemos responder esta pregunta en el sentido de que será el Estado en que se ha difundido o tratado ilícitamente los datos.
2. ¿Cuál es el lugar donde se concreta el resultado lesivo? Aquí no hay una respuesta concreta, sino una multitud de posibilidades:
 - a) El país desde donde se han introducido los datos.
 - b) En el marco de internet, el lugar donde está ubicado el servidor que los alberga.
 - c) El país desde donde se puede tener acceso a los datos, o
 - d) El país donde reside el titular del derecho infringido, que es, en definitiva, donde se ha producido el hecho dañoso.
 - d) El país donde radique el fichero de datos.

Como hemos observado, este artículo se caracteriza por una gran «dispersión competencial» que ataca directamente a la protección del titular del derecho a la protección de datos. De este artículo contribuyó a esclarecer la competencia judicial relacionada con litigios derivados de ilícitos contra los derechos de la personalidad la STJUE *eDate Advertising*, derivada de la doctrina instaurada por la STJCE *Fiona Shevill*¹⁹, que interpretaba el antiguo artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I bis. La STJCE *Fiona Shevill* permitía –y sigue permitiendo– a la víctima de la vulneración del derecho a la intimidad por la difamación de datos personales publicados y accesibles en varios Estados miembros ejercer una acción resarcitoria contra el promotor de la acción que causa el hecho dañoso ante los tribunales del domicilio de tal persona para reclamar una indemnización íntegra, o bien demandar ante los tribunales de cada Estado miembro el que la publicación sea difundida, y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación. La STJUE *eDate Advertising* viene a concretar y reducir esta «dispersión competencial» permitiendo que el afectado que alegue un daño o perjuicio en un Estado miembro exija una indemnización integral por todo el daño sufrido ante los tribunales del Estado promotor de la acción, y el Estado donde la víctima tenga su centro de intereses.

Visto esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, algún autor ha sostenido que sería más apropiado regular las reglas de competencia judicial in-

¹⁹ Vid. STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/03, *Ixora Trading Inc; Chequepoint SARL, Chequepoint International Ld. C Press Alliance SA* ECLI:EU:C:1995:61.

ternacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez de en el propio RGPD para evitar así está complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos (Brkan, 2015b, p. 275).

Mientras que la jurisdicción general es «neutral», la jurisdicción específica al menos indica que ya hay algún tipo de conexión significativa entre el foro y la cuestión jurídica a decidir (Hein, 2016, p. 24). Podemos observarlo en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD en los que se permite demandar.

Debemos destacar que podemos encontrarlos, además de los supuestos del artículo 79 del RGPD y los propios de Bruselas I bis, que tal perjuicio se materialice en el marco de una relación contractual, por lo que debemos atenernos a los foros concretos en materia contractual del Reglamento Bruselas I bis (competencia especial en materia contractual del artículo 7.1); foros especiales de protección en materia de seguros de los artículos 10-16; foros especiales de protección en materia de contratos celebrados por los consumidores de los artículos 17-19, y foros especiales de protección en materia de contratos individuales de trabajo de los artículos 20-23), y que pueden actuar con una doble función:

1. Por un lado, establecer un foro de protección especial para la parte que ha sufrido el daño y perjuicio, en casos en los que una parte de una relación contractual es la parte débil, como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores; y
2. Por el otro, suplir la ausencia de unos foros especiales para los responsables del tratamiento cuando estos pretendan ejercitar alguna acción contra los afectados.

Es necesario recalcar la compatibilidad con el Reglamento Bruselas I bis, ya que el artículo 147 del RGPD no prejuzga la aplicación del primer reglamento, por lo que habrá que analizar la aplicabilidad de cada norma, pero podemos afirmar que, en virtud del *principio de especialidad*, deben primar los foros del propio RGPD.

3. Determinación de la ley aplicable y el Reglamento general de protección de datos

3.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión Europea

La primacía de la legislación de protección de datos se manifiesta en una limitada autonomía de la ley aplicable en una cláusula contractual, la cual siempre deberá atenerse a

los criterios del RGPD en los casos de obligaciones contractuales, cuyas cláusulas pueden estar sujetas a las leyes de otro Estado según el Reglamento Roma I. Podemos tomar como ejemplo la *STJUE Amazon EU Sàri*, la cual determinó como ilegales cláusulas contractuales que contradecían a la legislación sobre protección de datos.

El RGPD fija como primer criterio que su ámbito territorial comprende el tratamiento de datos «en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no» (= artículo 3.1). Las innovaciones respecto al texto del artículo 4.1 a) de la directiva son aquí menores, pues se limitan a que el RGPD se refiere no solo al «responsable», sino también al «encargado» del tratamiento. Por otra parte, se elimina la referencia a las situaciones en las que un mismo responsable del tratamiento esté establecido en varios Estados miembros como circunstancia que llevaba a tener que cumplir con sus respectivas legislaciones, lo que se corresponde con que el RGPD sustituye a las legislaciones de todos los Estados miembros.

Para garantizar un alto nivel de protección, se mantiene la interpretación muy amplia y flexible del concepto de establecimiento, que se extiende «a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable», como recoge el considerando 22 del RGPD. Ahora bien, es necesario que el tratamiento se produzca en el contexto de las actividades del establecimiento.

Para determinar la ley aplicable al tratamiento de datos, debemos remitirnos a la ubicación de un establecimiento del responsable donde se realicen actividades de tratamiento de datos en el contexto de la actividad del responsable –hacia donde se dirigen las actividades comerciales–. No por el propio responsable (= *SSTJUE Weltimmo* y *Amazon EU Sàri*). Es decir, si el responsable del tratamiento está en Austria, y se contrata el tratamiento de datos en Alemania respecto a los datos austriacos, será de aplicación el derecho austriaco; porque el tratamiento se realiza bajo las instrucciones y fines comerciales que el establecimiento austriaco determina. Pero si el responsable está en Austria, y en Italia hay una oficina donde gestiona y trata los datos en el contexto de las actividades del establecimiento italiano, se aplicará el derecho italiano.

Hay que matizar la definición de «establecimiento». No importa la forma jurídica del establecimiento, por lo que hay que entender el término de forma flexible, se debe extender a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable (= *SSTJUE Google Spain*, *Weltimmo*, y *Amazon EU Sàri*). Para entender la noción «en el contexto de las actividades» hay que atender a varios criterios:

- El grado de implicación de los establecimientos en las actividades en cuyo contexto se traten los datos personales.
- La naturaleza de las actividades del establecimiento es un elemento secundario, pero podrá contribuir a definir el Derecho aplicable a cada establecimiento.

- Esta expresión no puede ser objeto de interpretación restrictiva (SSTJUE *Google Spain* y *Weltimmo*).

Pero hay supuestos de responsabilidad extracontractual –como es el caso de las transferencias internacionales de datos– que plantean importantes problemas en cuanto al derecho aplicable. La ley que resuelve esta controversia es el Reglamento (CE) 864/2007 Roma II²⁰.

El Reglamento Roma II es un texto legal con carácter universal²¹, es decir, la ley designada por el reglamento se aplica aunque no sea de un Estado miembro, la cual permite una mayor y mejor unificación del mercado interior (Ortega Giménez, 2016b, p. 138), pero que excluye de su aplicación en su artículo 1.2 g) «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», por tanto, las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado están excluidas de la norma, exclusión muy criticada por la doctrina (Dickinson, 2008, p. 240; Sancho Villa, 2010, pp. 97-98; Ortega Giménez, 2015, p. 8; Brkan, 2015a, pp. 27-28, Miguel Asensio, 2011, p. 41-42). Debemos destacar que actualmente existe una propuesta de reforma del Reglamento Roma II en el que se pretende incluir estos supuestos, motivada por la STJUE *eDate Advertising*²² tendente a unificar la norma de conflicto y desplazar a la legislación interna.

Esto, a su vez, se traduce en una serie de consecuencias positivas (Ortega Giménez, 2016a, p. 9): la reforma del Reglamento Roma II incluye un nuevo artículo 5 bis en el que introduce dos nuevos supuestos:

1. La ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio, o
2. La ley del país de residencia habitual del demandado, en su defecto, si el demandado no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país.

El supuesto del primer inciso adopta los criterios de la *lex loci damni* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño) o *lex loci delicti commissi* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del hecho lesivo).

²⁰ DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

²¹ *Vid.* artículo 3.

²² P7_TA-PROV (2012) 0200.

El segundo supuesto resulta más confuso, en el sentido de que, más que proteger al posible afectado, favorece a la parte fuerte del litigio (Ortega Giménez, 2015, p. 8). Permite aplicar la ley del país de residencia del demandado cuando:

- a) Resulte imposible determinar el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio (= elemento objetivo); y
- b) Que el causante del daño no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país (= elemento subjetivo).

La adición de este doble criterio a la hora de la determinación de la ley aplicable puede llegar a prejuzgar el caso en una fase muy temprana del proceso, además de favorecer al presunto responsable del daño con la opción de litigar con la ley del país de residencia. La inclusión del artículo 5 bis debe ponerse en relación con el artículo 14 del Reglamento Roma II, que ofrece al perjudicado y al causante del daño la posibilidad de poder elegir la ley aplicable, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, aunque en la práctica es difícilmente aplicable, puesto que el acuerdo debe hacerse con posterioridad al hecho generador del daño; en esos momentos es complicado que ambas partes se pongan de acuerdo. Pero la consecuencia de la no regulación conlleva a la aplicación de normas autónomas, como el artículo 10.9 del Código Civil.

3.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea

Aunque en su considerando 14 el RGPD parte de que la protección que establece «debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia», cuando el tratamiento no se produce en el contexto de las actividades de un establecimiento en la Unión Europea (UE), la protección se limita a los interesados que se encuentren en la UE y se requiere una conexión adicional con la UE.

El artículo 3.2 del RGPD prevé que es aplicable al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con cualquiera de estos dos elementos: «a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión».

Esta nueva disposición, de la que resulta también cuándo el responsable o encargado establecido en el extranjero debe designar un representante –que debe ser una persona física o jurídica establecida en la Unión– en lo que respecta a sus obligaciones derivadas del RGPD (= considerando 80 y artículo 27), refleja una evolución que en gran medida se

corresponde con el propósito de hacer depender la aplicación de la legislación de que el responsable dirija la actividad, en el marco de la cual tiene lugar el tratamiento a la Unión, típicamente al Estado de la residencia del interesado.

En principio, el lugar de situación del afectado por el tratamiento de datos personales constituye un criterio legítimo para fundar tanto la competencia internacional como la ley aplicable, en especial cuando va acompañado de elementos indicativos de una vinculación adicional. Se trata de un enfoque que facilita el sometimiento a la legislación europea (y a la competencia de las autoridades de control de sus Estados miembros) de quienes no se encuentran establecidos en la Unión, pero tratan datos de personas que se encuentran en la Unión en circunstancias en las que esa consecuencia resulta en principio apropiada.

Con carácter alternativo, el artículo 3.2 b) del RGPD se refiere a su aplicación cuando el tratamiento de datos de interesados que residan (= «se encuentren») en la Unión Europea esté relacionado «con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión». Algunas de estas situaciones estarán comprendidas también en el apartado a), pues tal control con frecuencia tiene lugar en el marco del ofrecimiento al interesado de ciertos servicios, aunque sean gratuitos, en particular al hilo del empleo de archivos o programas informáticos que almacenan y permiten el acceso a información en el equipo de usuario. El considerando 24 del RGPD se limita a señalar que el criterio de este inciso b) resulta operativo si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, indicando que tal puede ser el caso cuando las personas son objeto de un seguimiento en internet para elaborar un perfil con el fin de analizar sus preferencias, comportamientos y actitudes.

El artículo 10.9 del Código Civil nos otorga dos opciones para determinar la ley aplicable:

1. La aplicación de la ley del Estado en el que se produce el hecho del que deriva la responsabilidad; o
2. La aplicación la ley del lugar donde se materializa el daño para las víctimas. Esta doble interpretación –o ambigüedad– puede ser solventada mediante la separación de ambos criterios en la ley, como hacen algunos países de nuestro entorno²³.

²³ P. ej. el artículo 62.1 de la LEGGE 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, que estipula que las obligaciones extracontractuales se regirán por la ley del Estado en el que se haya producido el evento (*lex loci actus*); aunque el segundo inciso habilita al demandante a solicitar la aplicación de la ley del Estado en el que se haya producido el daño (*lex loci damni*): «1. La responsabilità per fatto illecito é regolata dalla legge dello Stato in cui si é verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si é verificato il fatto che ha causato il danno». Otros países con este mismo sistema son: Alemania (artículo 40 del Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche), Portugal (artículo 45 del Código Civil, que permite la aplicación de la ley del

En la primera opción, el mayor problema que encontramos es determinar cuál es el Estado en el que se ha realizado el hecho dañoso, puesto que el hecho ilícito deriva de una cadena de ilícitos que se suelen desarrollar en otros Estados; debemos verificar el Estado donde refleja sus efectos lesivos. Esto es, el tratamiento automatizado de datos personales se rige por la ley del Estado en cuyo territorio tiene lugar dicho tratamiento de datos que ha provocado el daño. Entonces, para poder aplicar la legislación española: a) el responsable del fichero tuviera su domicilio fuera de la UE y, b) el tratamiento de datos se hubiera realizado en España.

En cuanto a la segunda opción, y en concreto en los supuestos de mero acceso, debe rechazarse que cualquier lugar de recepción de los contenidos o la información transmitidos por internet sea por esa simple circunstancia lugar del daño, debido a (1) que muchas veces ese acto no genera un daño «real» al titular, y (2) la aplicación de la ley de cada uno de los múltiples lugares de manifestación del daño puede conducir a una excesiva fragmentación normativa (Miguel Asensio, 2011, p. 203). Es por ello que se afirma que el lugar donde se manifiesta la consecuencia directa para la víctima se corresponde con el lugar de su residencia habitual, como el centro de las relaciones sociales, personales y económicas susceptibles de verse afectadas por un atentado contra la intimidad u otros derechos de la personalidad; como ya comentamos a raíz de la STJUE *eDate Advertising*, no solo se materializa el perjuicio en el Estado de residencia habitual, también en aquel Estado en el que existan un vínculo estrecho con ese otro Estado.

Debido a los ya resaltados problemas, conviene que ahondemos en una crítica al precepto (Ortega Giménez, 2015, p. 7):

A todo esto, debemos resaltar las precisiones del RGPD, ya que la tendencia que genera el artículo 79.2 del RGPD invita a aplicar «la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado» (Miguel Asensio, 2017, p. 42). Su postura se basa en el objetivo que tiene la norma de proteger al afectado, el cual una de las maneras de plasmarlo es la aplicación de un derecho que sea familiar al afectado, que se corresponda con el del Estado de la residencia habitual (o del centro de intereses del afectado); y que entendemos que esta deba ser la opción que mejor puede llegar a proteger los intereses del afectado en función del principio de *favor laesi* (Ortega Giménez, 2016a, p. 6). Y en la práctica podemos prever que el demandante inicie las acciones, o bien en el Estado de la residencia habitual, o bien en el centro de intereses del afectado; se aplicará la ley del Es-

lugar donde se hay producido el daño, siempre y cuando: a) el autor del daño haya podido prever que su acto podría causar daños en ese estado, y b) que la ley del Estado donde transcurre la actividad principal causante del daño no considere responsable al autor de ese daño), Países Bajos (artículo 3 de la wet conflictenrecht onrechtmatige daad, permitiendo aplicar la ley de un Estado en el que se manifiesten las consecuencias de un acto ilícito distinto al del que se hubiese producido el acto, siempre que el demandando no previese razonablemente la acción).

tado que asumió la competencia (*lex fori*), la cual conlleva una serie de beneficios (Hein, 2016, p. 23), tales como:

1. La reducción del tiempo y los costes de los litigios.
2. La mejora de la calidad de los juicios.
3. La tenencia en cuenta de las preocupaciones de política pública del foro, porque los derechos de la personalidad, la privacidad, la protección de datos, etc., están arraigados en los valores constitucionales. Aunque el principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad.

El principal problema lo encontraríamos en el arraigo del *forum shopping*, siempre y cuando el Reglamento Roma II no cubra los derechos de la personalidad.

La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil nos conduce a resultados claramente insatisfactorios. Se trata de una norma de conflicto de corte clásico, es decir, con un supuesto de hecho muy genérico, un punto de conexión meramente localizador y una consecuencia jurídica aparentemente neutra. Dichas características parecen evidentemente inadecuadas para regular un caso tan específico como es el tratamiento ilícito de datos personales, dada la situación de inferioridad jurídica del perjudicado.

La generalidad del supuesto de hecho del artículo 10.9 del Código Civil, que tiene sus consabidas ventajas –como el facilitar el proceso de calificación, etc.– es absolutamente irrelevante en el supuesto tipo, cuyo encaje en la categoría responsabilidad civil extracontractual no reviste especiales dificultades:

- a) En primer lugar, al contrario, la generalidad del precepto priva de visibilidad al problema de la desprotección del titular del derecho a la protección de datos ante un tratamiento ilícito internacional. La prueba de la pertinencia de la introducción de una norma específica para estos supuestos es la inminente reforma del Reglamento Roma II, que especializa las soluciones generales tradicionales (*lex loci delicti commissi*), introduciendo un futuro artículo 5 bis (= violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad).
- b) En segundo lugar, el artículo 10.9 de nuestro Código Civil adolece de no pocas dosis de rigidez, puesto que solo ofrece al juzgador una opción meramente localizadora entre la aplicación de la ley del lugar donde se ha producido el hecho causal (país de origen), o la ley del lugar donde se manifiesta la acción (país o países de resultado). Esta opción tan reducida no permite asegurar la tantas veces reclamada actividad judicial creativa, en aras de proporcionar al perjudicado una protección adecuada, equilibrada y efectiva de sus legítimos intereses.

- c) En tercer lugar, la mayor crítica que se puede realizar al artículo 10.9 del Código Civil es su tradicional ceguera material o neutralidad. Cuando se parte de una situación en la que una de las partes está en manifiesta inferioridad, la neutralidad, lejos de ser una virtud, se convierte en una potencial fuente de injusticia.

Por tanto, en los supuestos de tratamiento transfronterizo ilícito de datos de carácter personal, es preciso realizar una lectura materializadora del artículo 10.9 de nuestro Código Civil, en el sentido de que a la hora de determinar la *lex loci delicti commissi*, que puede ser la elección entre la ley del lugar donde se capturaron los datos personales o la del Estado donde se trató dicha información personal, debe estar presidida por el *favor laesi*.

Aun así, esta interpretación del artículo 10.9 del Código Civil sigue siendo insatisfactoria. Al dejar en manos del órgano jurisdiccional la interpretación de la *lex loci delicti commissi*, introduce notables dosis de inseguridad jurídica; sin garantías respecto de otorgar al perjudicado esa protección adecuada, equilibrada y efectiva que se viene demandando en el presente proyecto de investigación. Hay que tener en cuenta, de *lege data imminente*, que el Parlamento Europeo ha propuesto una nueva norma de conflicto específica en materia de violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad (derecho a la protección de datos de carácter personal) para su eventual inclusión en la proyectada reforma del Reglamento Roma II. El futuro artículo 5 bis del Reglamento Roma II establece como ley aplicable (1) «la del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio»; o, en su defecto, si el demandado no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país, (2) «la ley del país de residencia habitual del demandado».

Con la inclusión de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II, el futuro artículo 5 bis del citado Reglamento debe ponerse en relación sistemática con la aplicación preferente del vigente artículo 14, que ofrece al perjudicado y al causante del daño la posibilidad de poder elegir la ley aplicable, en virtud del principio de la autonomía conflictual. Ahora bien, dicha elección, expresa o tácita, resulta poco probable que se dé en la práctica. Como solo es posible con posterioridad al nacimiento del litigio, es difícil que causante del daño y perjudicado se pongan de acuerdo de cara a elegir una ley que corrija la situación de desprotección en la que se encuentra este último y le ofrezca una tutela adecuada, equilibrada y efectiva. Estos resultados eventualmente no deseados del artículo 14 del Reglamento Roma II podrían ser corregidos en un sentido materializador, estableciendo que el pacto de elección de ley, aun siendo posterior al nacimiento del litigio, no sea tenido en cuenta si la protección que la ley elegida otorga a la víctima está por debajo de los estándares en materia de defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal que le otorga el ordenamiento de su lugar de residencia.

3.3. Tutela judicial civil contra responsables o encargados

El artículo 82 del RGPD regula el derecho a indemnización de las personas físicas por los daños producidos por un tratamiento ilícito de sus datos personales. Por otro lado, el reglamento refuerza el artículo 82 con los artículos 83, relativo a las condiciones generales para la imposición de multas, y 84, de las sanciones, que se pueden imponer al encargado del tratamiento de datos que infrinja lo dispuesto en el RGPD y demás posibles responsables. El artículo señala:

1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable.
3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.
4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.
5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, de conformidad con las condiciones fijadas en el apartado 2.
6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2.

Como podemos observar el artículo 82 en su apartado primero es muy claro al establecer que la indemnización comprende los daños físicos, morales y patrimoniales de

la persona afectada, por lo tanto, cuando el precepto dice «daños y perjuicios», no debemos hacer una interpretación restrictiva del mismo. Además, para que se produzca la indemnización, uno de los elementos importantes, que también se recoge en la legislación española, es que el daño producido sea real y efectivo y que sea evaluable económicamente. Por lo tanto, como conclusión por la interpretación amplia que se hace del concepto de daños y perjuicios, el reglamento establece una indemnización integral de la persona perjudicada.

Además, la indemnización se puede derivar de una relación tanto contractual, es decir, de la responsabilidad contractual, como de una responsabilidad extracontractual, en una relación que no medie contrato. De los actos que realiza el responsable del tratamiento de datos no hace una mención específica, aunque en el apartado segundo del artículo observamos que la responsabilidad se puede derivar de una acción u omisión, es decir, si el responsable del tratamiento deja de hacer algo que le era de obligado cumplimiento, esa omisión es generadora de responsabilidad.

Otro dato que denota la amplia protección del reglamento es la responsabilidad solidaria que establece el apartado cuarto, en que dice que dice «cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado». Apuntar que la responsabilidad solidaria no es absoluta, sino que, si se demuestra que alguno de los encargados del tratamiento de los datos no ha sido responsable del daño producido, podrá repetir la cantidad que satisfizo en concepto de indemnización a los responsables, e incluso si aun teniendo responsabilidad satisface la indemnización completa también podrá exigir el abono de la parte que correspondería a cada uno de los responsables.

En caso de tratamiento ilícito de datos, existirá daño y, por tanto, posible reclamación si se verifica que se ha producido un tratamiento ilícito internacional de datos de carácter personal. De esta forma, la vulneración del derecho a la protección de datos en los supuestos de transferencia internacional de datos trae como resultado la exigencia de responsabilidad civil objetiva extracontractual, derivándose el derecho a indemnización del afectado por el tratamiento de sus datos, al que le han provocado daño o lesión del tratamiento ilícito de sus datos.

Los requisitos para que se pueda exigir esta responsabilidad civil obteniendo la reparación de los daños morales y patrimoniales son:

1. Que se acredite el incumplimiento.
2. Que no concurra una causa de exoneración de la responsabilidad, se vincule el incumplimiento con el daño o lesión sufrida en los bienes o derechos, el daño o lesión se evalúe y la actuación o la falta de actuación generadora del daño no represente la materialización de los elementos de un tipo penal, pues entonces estaríamos ante la comisión de un delito y no frente a un ilícito penal.

El estudio de campo, el análisis objetivo, subjetivo y taxonómico nos conduce a un supuesto tipo, no analizado suficientemente por la doctrina y relevante: las dificultades que encuentra una persona, cuyos datos de carácter personal han sido objeto de un tratamiento ilícito, para obtener una justa reparación cuando ese tratamiento tiene lugar en el marco de una transferencia internacional ilícita de datos. Pues bien, son frecuentes los casos de vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal por un tratamiento ilícito internacional de datos realizados al margen de una relación preexistente entre las partes (= transferencias internacionales de datos personales «extracontractuales»).

Respecto a la reclamación de indemnización del artículo 82 del RGPD, el derecho aplicable será aquel que coincida con el Estado donde se reclame el derecho; por lo que depende de dónde se demande. En el terreno del derecho aplicable, en tanto en cuanto el artículo 1.2 g) del vigente Reglamento Roma II establece que «se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», la solución pasa por el recurso al artículo 10.9 de nuestro Código Civil, que toma como punto de conexión el *locus delicti commissi*; esto es, la aplicación de «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» (= *lex loci delicti commissi*).

Si, como es más que probable, el artículo 14 del Reglamento Roma II no resulta de aplicación, entrará en juego la propuesta del artículo 5 bis, pues especializa y colma un vacío del Reglamento Roma II difícilmente justificable, pero sigue ofreciendo una solución conflictual no satisfactoria desde el punto de vista de la protección que precisa el titular del derecho fundamental a la protección de datos ante una transferencia internacional ilícita de los mismos.

Del párrafo primero del artículo 5 bis cabría entender que la persona lesionada por una transferencia internacional ilícita de sus datos personales podría fundamentar su demanda en la *lex loci damni* (= la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos del daño) o en la *lex loci delicti commissi* (la ley del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzca el elemento o los elementos más significativos del perjuicio).

Más discutible aún es la solución que ofrece el párrafo segundo del propio artículo 5 bis del citado Reglamento Roma II para los tratamientos transfronterizos ilícitos de datos de carácter personal, ya que establece la aplicación de la ley de la residencia habitual del presunto responsable del daño, si se dan las siguientes condiciones: a) que resulte imposible determinar el elemento o los elementos más significativos del daño o perjuicio (= condición normativa objetiva); y b) que el causante del daño no hubiera podido haber previsto razonablemente consecuencias importantes de su acto en dicho país (= condición normativa subjetiva).

4. Conclusiones

Primera. Las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo) no solo son claramente inadecuadas para proteger a la víctima de un tratamiento ilícito internacional de sus datos, sino que pueden incluso conducir a resultados contraproducentes. En primer lugar, el recurso a la autonomía de la voluntad resulta peligroso ante una situación de desequilibrio entre las partes, tal y como se pone de manifiesto en la existencia de foros de protección (= contratos individuales de trabajo, contratos de seguro y contratos celebrados por consumidores) en los diferentes sistemas de derecho internacional privado comparado. La aprobación del RGPD no debe verse como el final del trayecto, sino como el comienzo de un itinerario que tiene algunas paradas imprescindibles, como puede ser la homogeneización en un entorno europeo y el avance hacia la uniformidad.

Segunda. En el ámbito de la competencia judicial internacional, la compatibilidad entre los foros de competencia judicial internacional del artículo 79.2 y los del Reglamento Bruselas I Bis deriva del artículo 67 de este último reglamento, al estipular que no prejuzgará la aplicación de las disposiciones contenidas en instrumentos particulares. La coexistencia de los artículos 7.2 de Bruselas I bis y el 79.2 del RGPD se encuentra en entredicho, los cuales se pueden observar en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD; estos foros están redactados para adecuarse al supuesto concreto. En cambio, los foros del Reglamento Bruselas I bis tienen como objeto cubrir supuestos generales de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los principios que subyacen de ambos reglamentos son diferentes y excluyentes entre sí, y uno debe imponer su justicia sobre el otro, por lo que el artículo 79.2 del RGPD debe prevalecer sobre el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. Vista esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, hubiese sido más apropiado regular las reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis en vez del propio RGPD, para evitar así esta complicada compatibilidad de foros disponibles establecida tanto por el Reglamento Bruselas I bis como por el RGPD, y los problemas de litispendencia y conexidad del artículo 81 del RGPD para, a su vez, mantener coherencia entre ambos reglamentos.

Tercera. El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual, *forum delicti commissi*, merece un análisis más detenido, como solución potencial y manifiestamente mejorable. Es la solución tradicional más extendida en el campo comparado y presente en nuestro derecho positivo. Su aplicación al supuesto tipo plantea no solo los problemas habituales de precisión del *locus delicti commissi* ante supuestos de dispersión mundial del daño, sino también resultados particularmente nocivos en materia de tratamientos ilícitos internacionales de datos. La interpretación habitual del *locus delicti commissi* conduce, bien a los tribunales del lugar donde se capturaron los datos personales, bien a la competencia de la jurisdicción del Estado donde se trató dicha información personal. En uno y otro caso, el estudio de campo revela que estamos lejos de darle una protección



adecuada, equilibrada y efectiva al perjudicado, obligándole a litigar lejos de su centro de desarrollo social y personal.

Cuarta. En el terreno del derecho aplicable, en tanto en cuanto el artículo 1.2 g) del vigente Reglamento Roma II establece que «se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», la solución pasa por el recurso al artículo 10.9 de nuestro Código Civil, que toma como punto de conexión el *locus delicti commissi*, esto es, la aplicación de «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven (*lex loci delicti commissi*)». La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil nos conduce a resultados claramente insatisfactorios. Se trata de una norma de conflicto de corte clásico, es decir, con un supuesto de hecho muy genérico, un punto de conexión meramente localizador y una consecuencia jurídica aparentemente neutra. Dichas características parecen evidentemente inadecuadas para regular un caso tan específico como es el tratamiento ilícito de datos personales, dada la situación de inferioridad jurídica del perjudicado.

Referencias bibliográficas

- Albrecht, J. P. y Jotzo, F. (2017). *La nueva ley de protección de datos de la UE*. Baden-Baden: Nomos.
- Brito Izquierdo, N. (2018). Recursos, responsabilidad y sanciones (arts. 77-84). En J. López Calvo (Coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos* (pp. 633-670). Madrid: Bosch.
- Brkan, M. (2015a). Data Protection and European Private International Law. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, research paper, 40.
- Brkan, M. (2015b). Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop. *International Data Privacy Law*, 5(4).
- Carrascosa González, J. (1992). Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIV(2).
- Dickinson, A. (2008). *The Rome II Regulation «The Law Applicable to Non-Contractual Obligations»*. Oxford: OUP.
- García Romero, S. (2016). Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas. *Diario La Ley*, 8691, Wolters Kluwer.
- Gonzalo Doménech, J. J. (2018). Algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado del Reglamento General de Protección de Datos. *Rev. Boliv. de Derecho*, 26, 414-417.
- Hein, J. von (2016). Social Media and the Protection of Privacy. *European Data Science Conference*. Luxemburgo.
- Kuner, C. (2017). The Internet and the Global Reach of EU Law. *Legal Studies Research, paper series*, 24.
- López Calvo, J. (2017). *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid: Sepin.
- López Calvo, J. (Coord.) (2018). *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Madrid: Bosch.
- Miguel Asensio, P. A. de (2011). *Derecho privado de internet*. (4.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Miguel Asensio, P. A. de (2017). Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(1).
- Nieto Garrido, E. (2016). XX. Derecho a indemnización y responsabilidad. En J. L. Piñar Matas, *Reglamento general de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (pp. 555-570). Madrid: Reus.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2013). La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia. *La Ley. Unión Europea*, 4.
- Ortega Giménez, A. (2015). La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en Derecho internacional privado español. *Diario La Ley*, 8661.
- Ortega Giménez, A. (2016a). Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la Unión Europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: ¿unificación de la norma de conflicto vs. Armonización a través de unos principios comunes? *Revista Aranzadi Unión Europea*, 10. Cizur Menor: Aranzadi.



Ortega Giménez, A. (2016b). *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*. Cizur Menor: Aranzadi.

Oster, J. (2012). Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights.

International Review of Law, Computers & Technology, 26(2-3).

Sancho Villa, D. (2010). *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*. Civitas: Navarra.