

TUTELA JURISDICCIONAL ANTE UN TRATAMIENTO ILÍCITO INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES Y EL NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Jurisdictional protection against an illicit international treatment of personal data and the new general regulations for data protection of the European Union

Por Alfonso Ortega Giménez

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad). España
alfonso.ortega@umh.es
ORCID: 0000-0002-8313-2070

Artículo recibido: 22/08/2019 | Artículo aceptado: 15/12/2019

RESUMEN

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la UE (RGPD) ha traído consigo nuevas reglas de competencia judicial internacional: 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. Ahora bien, esta nueva solución propuesta por el Reglamento General de Protección de Datos, en conexión con las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo) no sólo son claramente inadecuadas para proteger a la víctima de un tratamiento ilícito internacional de sus datos, sino que pueden incluso conducir a resultados contraproducentes.

ABSTRACT

The new General Regulation of Data Protection of the EU (RGPD) has brought with it new rules of international judicial competence: the subject can request the corresponding actions against a data controller or person in charge of data processing before the courts of the state in which the responsible person has an establishment, or before the courts of the state where the interested party has his habitual residence. However, this new solution proposed by the General Regulation of Data Protection, in connection with the current norms of international judicial competence, elaborated in the different normative levels

(institutional, conventional and autonomous) is not only clearly inadequate to protect the victim of an illegal international treatment of your data, but can even lead to counterproductive results.

PALABRAS CLAVE

Protección de datos, encargado de tratamiento, Competencia judicial Internacional, Ley aplicable, responsabilidad extracontractual.

KEYWORDS

Data protection, treatment manager, International judicial competence, Applicable law, non-contractual liability.

Sumario: 1. Reglamento General de Protección de Datos y resolución judicial internacional de controversias. 2. Reglamento General de Protección de Datos y determinación de la ley aplicable. 2.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la UE. 2.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la UE. 2.3. Tutela judicial civil contra responsables o encargados. 3. Supuesto práctico. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Reglamento General de Protección de Datos y resolución judicial internacional de controversias

El Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) trae consigo nuevas reglas referidas a la competencia judicial internacional (en adelante CJI), el artículo 82 del RGPD remite al artículo 79.2 indicándonos el lugar donde debe dirigirse el afectado de un supuesto de responsabilidad, el cual dispone que las acciones dirigidas contra encargados o responsables deberán dirigirse ante los tribunales competentes del Estado miembro donde estos tengan un establecimiento.

Alternativamente, podrán ejercitarse tales acciones en los tribunales competentes del Estado miembro donde el reclamante tenga su domicilio, en concordancia con lo estipulado en el Considerando 145¹.

Como hemos visto, las acciones objeto del artículo 82 tienen un carácter “civil-mercantil”, que a su vez, se encuadran dentro del ámbito de aplicación

¹Por lo que respecta a las acciones contra los responsables o encargados del tratamiento, el reclamante debe tener la opción de ejercitarlas ante los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o el encargado tenga un establecimiento o resida el afectado, a menos que el responsable sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en el ejercicio de poderes públicos.

del artículo 1.1 del Reglamento (UE) 1215/2012 “Bruselas I bis”², y cuya materia no está en los supuestos de exclusión del artículo 1.2.

Aunque se dé por hecha la adecuación de esta acción a los supuestos de responsabilidad extracontractual cuando exista un perjuicio relacionado con un tratamiento de datos ilícito según el artículo 82.6 del RGPD; pero es posible que ese tratamiento de datos se produzca en el contexto de un contrato, y según la jurisprudencia del TJUE, una acción de responsabilidad civil de naturaleza extracontractual deberá entenderse incluida en la materia contractual a los efectos del artículo 7 del Reglamento “Bruselas I bis” si el comportamiento recriminado comporta un incumplimiento de las obligaciones contractuales cuando se estudie caso por caso el objeto del contrato, tal y como se indica en la STJUE de 13 marzo de 2014³. Puesto que en un contrato se puede pactar el compromiso del cuidado de los datos personales en virtud de la legislación vigente; aunque la mayoría de los supuestos que nos encontraremos en la práctica serán de naturaleza extracontractual.

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.

A) 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 por establecimiento “a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable”⁴. Para ello, debe valorarse también el “grado de estabilidad de la

² Unión Europea. Reglamento (UE) nº 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 20 diciembre 2012, núm. 351, p. 32.

³ Unión Europea. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 marzo de 2014, *Brogstetter*, C-548/12; 14 julio 2016, *Granarolo*, C-196/15.

⁴ Unión Europea. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Apartados 31 de la caso *Weltimmo* y. 75 del caso *Amazon EU Sàrl*.

instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión”. La STJUE *Amazon EU Sari* considera 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 Estado, siendo posible considerar como “establecimiento” un representante de la sociedad si actúa con un grado de estabilidad suficiente.

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.

B) 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 estabilidad, así lo señala el Tribunal en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010.⁵

La residencia habitual no es un concepto sinónimo al de “centro de intereses de la víctima” que promulga la sentencia del Tribunal en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *eDateAdvertising*, 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 daño⁶. 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

⁵ Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *Mercredi* ECLI:EU: C:2010:829.

⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia. En *La Ley* Unión Europea, Nº 4, 2013, p. 23.

efectivamente el daño⁷. 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”⁸. 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:

- a) El contenido de la información: esto es, si la información tiene interés en el territorio, y

⁷ Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) *BGH NJW* 2011, 2059: El demandante y el acusado eran de Rusia y habían asistido a la escuela secundaria juntos en Moscú. Habiendo terminado la escuela, el demandante llegó a residir habitualmente en Alemania, el demandado en los Estados Unidos. Se reunieron de nuevo en septiembre de 2006 para una reunión de clases en Moscú. Después de este acontecimiento, el demandado fijó una entrada en la página: www.womanineurope.com que fue funcionado por una compañía alemana. En este post, el demandado describió las condiciones de vida y el aspecto del demandante en términos bastante desfavorables. El post fue escrito en lengua rusa y en letras kirílicas. El BGH denegó la jurisdicción porque la publicación carecía de una conexión suficiente con Alemania.

⁸ 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 Lopez*, 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 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, J. Rethinking Shevill. Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights. En *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 26, Nº 2-3, Routledge, 2012, p. 120.

b) 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 ésta 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”.

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 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 sólo 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 en el que se encuentran las partes enfrentadas.

El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual (artículo 7.3) del Reglamento de “Bruselas I bis” 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, eDateAdvertising (C-509/09) y Martínez y Martínez (C-161/10)). 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.
- e. 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. A este artículo contribuyó a esclarecer la competencia judicial relacionada con litigios derivados de ilícitos contra los derechos de la personalidad la STJUE *eDateAdvertising*, derivada de la doctrina instaurada por la STJCE Fiona Shevill⁹, 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 *eDateAdvertising* 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 (cuestión discutida anteriormente).

Visto esta disposición de foros otorgados por diferentes instrumentos normativos, algún autor ha sostenido que sería 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 Reglamentos¹⁰.

Mientras que la jurisdicción general es “neutral”, la jurisdicción específica al menos indica que ya hay algún tipo de conexión significativa entre

⁹ Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 marzo 1995, Asunto C-68/03, *Ixora Trading Inc; Cheque point SARL, Cheque point International Ld. C Press Alliance SA*. ECLI:EU:C:1995:61.

¹⁰ BRKAN, M. Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop. En *International Data Privacy Law*, Vol. 5, N°. 4, 2015, p. 275.

el foro y la cuestión jurídica a decidir¹¹. Podemos observarlo en los foros especiales del artículo 79.2 del RGPD en los que se permite demandar.

Debemos destacar que podemos encontrarnos, 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 la relación contractual es la parte débil como en los contratos de seguro o celebrados por los consumidores;
- 2) y 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.

2. RGPD y determinación de la ley aplicable

2.1. Ley del establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la UE

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

¹¹VON HEIN, J. Social Media and the Protection of Privacy. En *European Data Science Conference*, Luxemburgo, 2016, p. 24.

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 expresa no sólo 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 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:

- a) El grado de implicación de los establecimientos en las actividades en cuyo contexto se traten los datos personales.
- b) La naturaleza de las actividades del establecimiento es un elemento secundario, pero podrá contribuir a definir el Derecho aplicable a cada establecimiento.
- c) 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 II”¹².

El Reglamento “Roma II” es un texto legal con carácter universal; 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 interior¹³; 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 doctrina¹⁴. Debemos destacar que actualmente existe una propuesta de reforma del Reglamento “Roma II” en el que pretende incluir estos supuestos motivada por la STJUE *eDateAdvertising* tendente a unificar la norma de conflicto y desplazar a la legislación interna¹⁵.

Esto, a su vez, se traduce en una serie de consecuencias positivas: La reforma del Reglamento “Roma II” incluye un nuevo artículo 5 bis en el que introduce dos nuevos supuestos:

- a) 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
- b) “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).

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

¹² Unión Europea. Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Núm. L 199/40, de 31 de julio 2007.

¹³ ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 138.

¹⁴ DICKINSON, A. *The Rome II Regulation (The Law Non-Contractual Obligations)*, Oxford, OUP, 2008, p. 240; SANCHO VILLA, D. *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Navarra, Civitas, 2010, pp. 97-98; BRKAN, M., referencia 11, pp. 27-28.

¹⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho privado de internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 41-42.

- 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.

2.2. Ley aplicable a responsables o encargados no establecidos en la UE

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 UE, la protección se limita a los interesados que se encuentren en la UE y se requiere una conexión adicional con la Unión Europea.

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 que 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 artículo 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 CC nos otorga dos opciones para determinar la ley aplicable:

- a) la aplicación de la Ley del Estado en el que se produce el hecho del que deriva la responsabilidad; o
- b) la aplicación de 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 entorno.

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 tendría 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 normativa¹⁶. 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

¹⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., referencia 15, p. 203.

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 e Date 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. 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”¹⁷. 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 correspondan 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*. Y en la práctica podemos prever que el demandante inicie las acciones en o bien el Estado de la residencia habitual, o bien en el centro de intereses del afectado, se aplicará la ley del Estado que asumió la competencia, la cual conlleva una serie de beneficios¹⁸ tales como;

- a) la reducción del tiempo y los costes de los litigios
- b) la mejora de la calidad de los juicios, y
- c) tener en cuenta 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.

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:

En primer lugar, al contrario, la generalidad del precepto priva de visibilidad al problema de la desprotección del titular del derecho a la

¹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., referencia 15, p. 42.

¹⁸ VON HEIN, J., referencia 11, p. 23.

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 introduciendo un futuro artículo 5 bis (= violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad).

En segundo lugar, el artículo 10.9 de nuestro Código Civil adolece de no pocas dosis de rigidez, puesto que sólo 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 a proporcionar al perjudicado una protección adecuada, equilibrada y efectiva de sus legítimos intereses.

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*, 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.

Aun así, esta interpretación del artículo 10.9 del Código Civil sigue siendo insatisfactoria. Al dejar en manos del órgano jurisdiccional la interpretación lo cual introduce notables dosis de inseguridad jurídica. En este sentido hay que tener en cuenta 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 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 artículo 5 bis del citado Reglamento debe ponerse en

relación sistemática con la aplicación preferente del 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 sólo es posible con posterioridad al nacimiento del litigio, es difícil que el causante del daño y el 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.

2.3. 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 relativos a las condiciones generales para la imposición de multas y 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. El artículo señala:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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.
- d) 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.

e) 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. 4.5.2016 L 119/81 Diario Oficial de la Unión Europea ES.

f) 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. La indemnización se puede derivar de la responsabilidad contractual, como de una responsabilidad extracontractual.

Otro dato que denota la amplia protección del Reglamento 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 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:

- a) que se acredite el incumplimiento y
- b) 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 “extracontractuales”).

Respecto a la reclamación de indemnización del art. 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.

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).

3. Supuesto práctico

Determinación de la Competencia judicial internacional y de la ley aplicable

El afectado, residente en España, busca emprender la acción de responsabilidad del artículo 82 del RGPD por una difamación de datos personales que ha alcanzado a los países centroeuropeos ante el responsable del tratamiento, con domicilio en Polonia, y con establecimientos en Alemania, Países Bajos, Luxemburgo, Hungría, y Francia. Partiendo de este supuesto, pueden darse varias situaciones:

a) Que las partes, ya habiendo nacido el conflicto, acuerdan someter el litigio ante los tribunales de un Estado miembro concreto (**Sumisión expresa. Art. 25 “Bruselas I bis”**).

b) Que el afectado demande en primer lugar en cualquier Estado miembro, y que el responsable decida discutir sobre el fondo del asunto (**Sumisión Tácita. Art. 26 “Bruselas I bis”**).

c) Que decida demandar en los Estados en los que el responsable posea un establecimiento (**foro del establecimiento del responsable. Art. 79.2 RGPD**).

d) Que demande en su Estado de residencia (**Foro de la residencia habitual del demandante. Art. 79.2 RGPD**).

Suponiendo que haya decidido demandar en España, Puesto que no existe una norma ni institucional ni convencional, será de aplicación el artículo 10.9 del CC. 1) Si entendemos la *lex loci delicti commissi* como “la ley del lugar donde se materializa el daño para las víctimas” (*lex loci damni*); 2) nos atenemos a la tendencia generada por el RGPD de aplicar la “ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado”, y vemos que el afectado no tiene intereses más allá de España, se aplicaría el Derecho sustantivo español a la controversia.

4. Conclusiones

PRIMERA.- Las vigentes normas de competencia judicial internacional, elaboradas en los distintos niveles normativos (institucional, convencional y autónomo), no sólo 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.

En defecto de elección de tribunales competentes, la opción entre fuero general y fueros especiales tampoco ofrece al damnificado una alternativa favorable a sus intereses. El fuero general del domicilio del demandado resulta evidentemente perjudicial para la víctima: *a)* porque, generalmente, tendrá que correr con el coste de internacionalización del proceso; y *b)* porque la sitúa tan lejos de su ámbito de desarrollo social y personal como cerca del centro de intereses del causante del daño.

SEGUNDA.- El fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual, 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 sólo 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.

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, eDateAdvertising (C-509/09) y Martínez y Martínez (C-161/10)). 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”.

TERCERA.- 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 del Código Civil.

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.

5. Bibliografía

BRKAN, M. Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop. En *International Data Privacy Law*, Vol. 5, N.º. 4, 2015.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea. En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho privado de internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011.

DICKINSON, A. *The Rome II Regulation “The Law Applicable to Non-Contractual Obligations”*, Oxford, OUP, 2008.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., «La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”. En *Diario la Ley*, N.º8614, de 28 septiembre de 2015.

GARCÍA ROMERO, S. Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas. En *Diario La Ley*, N.º 8691, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

MINERO ALEJANDRE, G., "Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea". En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, L, 2017.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del tribunal de justicia. En *La Ley Unión Europea*, Nº.4, 2013.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

SANCHO VILLA, D. *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Navarra, Civitas, 2010.

VON HEIN, J. Social Media and the Protection of Privacy. En *European Data Science Conference*, Luxemburgo, 2016.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.