

# Desafíos actuales de la tutela de datos de carácter personal

*José Manuel Busto Lago\**

## 1. La responsabilidad civil como instrumento de protección del derecho sobre los datos personales

Uno de los derechos que las normas reguladoras de la protección de datos personales reconocen a los titulares de los mismos cuando éstos son objeto de tratamiento ilícito -entendiendo como tal cualquier tratamiento que vulnere alguno de los derechos de los interesados en su protección y, en particular, el propio derecho a la protección de los datos personales,<sup>1</sup> conforme a la previsiones de la norma de la UE o de la norma nacional, en su caso, causando daños o perjuicios a los titulares de aquellos es el derecho a la indemnización. Se erige así la responsabilidad civil extracontractual como instrumento o mecanismo de tutela también en este ámbito, junto con la protección dispensada por las normas administrativas y también las penales para aquellos supuestos de actuaciones ilícitas imputables al responsable o al encargado del tratamiento merecedoras de un mayor reproche por el Derecho y que hayan sido objeto de tipificación expresa. Este mecanismo de protección de los datos personales frente a conductas de vulneración del correlativo derecho subjetivo se contempla también en los arts. 42.º a 45.º de la *Lei* (brasileña) *núm. 13.709/2018, Geral de Proteção de Dados* (en adelante, LGPD), cuya regulación se inspira en la regulación de los datos personales realizada por la Unión Europea (en adelante, UE).

En virtud del derecho a indemnización, el interesado, cuyos datos personales son objeto de tratamiento, que haya sufrido daños y perjuicios patrimoniales o morales (extrapatrimoniales) como consecuencia de una infracción del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante, *Reglamento General de Protección de Datos* o RGPD), o de la Ley Orgánica (española) 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía*

---

\* Catedrático de Derecho Civil. Universidade da Coruña.

<sup>1</sup> La STC, Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, en su F.J. 7.º, declara que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular». Este pronunciamiento es reiterado en el F.J. 5.º de la STC 76/2019, de 22 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad del apartado 1.º del art. 58.º bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, *del régimen electoral general*, incorporado a esta por la DF 3ª.2 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*.

de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD) – y de otras normas de rango legal complementarias, como es el caso del art. 96.º del *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU) en relación con las comunicaciones comerciales destinadas a consumidores y usuarios – tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido y que el perjudicado podrá hacer valer a través del ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual, ejercitada en el procedimiento civil o, en su caso, de manera acumulada al ejercicio de la acción penal.

El RGPD sitúa el epicentro de la responsabilidad en la protección de la integridad de los derechos de los titulares de datos personales sobre el llamado responsable de tratamiento y sobre el encargado de tratamiento, que responden de manera conjunta de cualquier infracción o vulneración de las normas aplicables en orden a la protección de los datos personales, conforme resulta de la previsión de su art. 24.º En efecto, tanto el responsable, como el encargado de tratamiento, durante todo el periodo temporal que se mantenga el tratamiento de datos personales están coobligados a asegurar o garantizar, de conformidad con las obligaciones impuestas por el RGPD, la adopción de las medidas de seguridad técnicas y organizativas adecuadas para evitar cualquier infracción o vulneración de sus normas (*ex* art. 32.º del RGPD). Es el conocido como principio de «*accountability*», que constituye el principio rector de la regulación del RGPD, conforme a la lógica propia de la «*compliance*»: ser responsable de la conformidad y dar cuenta de esta conformidad. Este principio se acoge también en el Derecho de Brasil. En particular, a tenor del inciso X del art. 6.º de la LGPD, no es suficiente con cumplir con los artículos de la Ley, sino que es necesario, además, demostrar la adopción de medidas eficaces y capaces de comprobar la observancia y el cumplimiento de las normas de protección de datos personales, así como la eficacia de estas medidas, de manera que no incumplir la Ley no es suficiente para que los agentes de tratamiento de datos personales no puedan incurrir en infracciones de naturaleza administrativa o en supuestos de responsabilidad civil.

A estos efectos, en el RGPD se prevén instrumentos preordenados a asegurar la adecuación del tratamiento de datos a este principio una vez los datos personales son recogidos, tratados y conservados (*v.gr.*, previsión de registros de conformidad para documentar las acciones realizadas – arts. 30.º y 35.º del RGPD), en su caso con la colaboración del llamado delegado de protección de datos (arts. 35.º y 37.º del RGPD). Tomando en consideración este principio angular de la regulación del RGPD, el responsable y el encargado de tratamiento deben estar, en todo momento, en situación de poder acreditar, ante las autoridades administrativas nacionales competentes (la AEPD o, en su caso, las autoridades administrativas creadas por las CCAA, en el caso español),<sup>2</sup> el cumplimiento de todas las normas que rigen el tratamiento de datos personales.

La previsión expresa del derecho del titular de datos personales a la indemnización en caso de tratamiento ilícito no es algo novedoso que haya introducido el RGPD, sino que ya estaba previsto en la derogada Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. En particular, el Cdo. 55 de esta Directiva 95/46/CE preconizaba que

---

<sup>2</sup> La *Autoridad Catalana de Protecció de Dats* o la *Agencia Vasca de Protecció de Dats*; ambas con sus competencias circunscritas al tratamiento de datos personales llevado a cabo por Administraciones y organismos públicos.

las legislaciones nacionales debían prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respetase los derechos de los interesados; al tiempo que señalaba que los daños que pueden sufrir las personas a raíz de un tratamiento ilícito de su datos responsables habrían de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos; al tiempo que en el apartado 1 de su art. 23.º, rubricado «responsabilidad», preveía que los Estados miembro dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. A su vez, el art. 19.º, 1 de la derogada LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* – inmediatamente después de que los artículos precedentes estableciesen y regulasen los derechos de acceso, de consulta al Registro General de Protección de Datos, de rectificación, de oposición y de cancelación, así como el procedimiento para ejercitarlos – y en términos similares a los previstos en el art. 17.º, 3 de la por ella derogada LO 5/1992, de 29 de octubre, *de regulación del tratamiento automatizado de datos personales* – si bien, de una forma técnicamente más correcta, al individualizar el derecho a la indemnización frente a la protección de carácter administrativo dispensada por la Agencia de Protección de Datos (AEPD) y extender la legitimación pasiva al encargado del tratamiento –, bajo la rúbrica «derecho a indemnización», establecía que:

*«Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados».*

Con este precepto, el legislador español daba respuesta a la exigencia que se derivaba de la previsión contenida en el referido art. 23.º de la Directiva 95/46/CE.

## **2. La responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento y el derecho a la indemnización del titular perjudicado en el RGPD**

La vigente LOPDPGDD no contiene previsión específica alguna en relación con la responsabilidad civil en la que pueden incurrir, como consecuencia de la causación de daños y/o perjuicios a los titulares de datos personales objeto de tratamiento, los responsables o los encargados de su tratamiento, de manera que ha de estarse a la previsión contenida en el art. 82.º del RGPD, directamente aplicable para regular la cuestión que nos ocupa, haciéndolo de una manera uniforme en todos los Estados miembro de la UE, al tratarse de una norma de aplicación directa, frente la divergencia de las normas nacionales dictadas con ocasión de la transposición de las previsiones del art. 23.º, 1 de la Directiva 95/46/CE. Ha de tenerse en cuenta que el art. 82.º del RGPD no es la única norma del Derecho derivado de la UE que contempla el derecho del titular de datos personales que ha sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito a ser resarcido. Es el caso del art. 56.º -«Derecho a la indemnización»- de la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*, a tenor del cual, «los Estados miembros dispondrán que toda persona que

haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una operación de tratamiento ilícito o de cualquier acto que vulnere las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva tenga derecho a recibir una indemnización del responsable o de cualquier autoridad competente en virtud del Derecho del Estado miembro por los daños y perjuicios sufridos».

La regulación del derecho a la protección de datos vigente, el derecho de indemnización del titular o interesado perjudicado y la consiguiente responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento está contemplada en el art. 82.º del RGPD. Esta nueva regulación uniforme para el conjunto de los Estados de la UE solventa alguna de las cuestiones no resueltas, al menos de manera expresa, por el derogado art. 19.º de LOPD. En su apartado 1.º, este precepto establece que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del propio Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o del encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; y, en particular, en su apartado 6.º, este mismo artículo indica que 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 art. 79.º, ap. 2.º Este artículo, al que remite expresamente el art. 82.º, 6 del RGPD, hace referencia a que, con carácter general, las acciones deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, si bien alternativamente podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos.

La estimación de una acción indemnizatoria fundada en el art. 82.º del RGPD exige que el actor, en su condición de perjudicado, pruebe la concurrencia de los siguientes presupuestos: la infracción de las normas sobre protección de datos personales previstas en el propio RGPD o en la LOPDPGDD, la imputación de esta infracción al responsable o al encargado de tratamiento de los datos personales, la existencia de un daño o de un perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, así como la existencia de una relación causal entre el tratamiento ilícito y el daño o perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

### **3. Legitimación activa: el titular de los datos personales que ha experimentado el daño o perjuicio**

#### ***3.1. Acciones indemnizatorias individuales***

El art. 82.º, 1 del RGPD atribuye el derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios a «toda persona» que los haya sufrido como consecuencia de una infracción de las previsiones contenidas en el propio Reglamento. El amplio tenor literal del precepto podría conducir a admitir la legitimación activa de cualquier persona, física o jurídica, que haya sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de la referida conducta imputable a un responsable o a un encargado de tratamiento de datos personales, con independencia de la condición de aquélla de titular de los datos personales objeto de tratamiento y cuyo tratamiento ilícito, precisamente ha determinado la causación de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende. Sin embargo, no parece que esta interpretación amplia resulte amparada por la interpretación sistemática de la

norma, debiendo restringirse la legitimación activa a aquellas personas físicas cuyos datos son objeto de tratamiento y ello por cuanto:

1.º) El RGPD se refiere exclusivamente a las personas físicas como titulares de datos personales (art. 1.º, 1 y 2.º), lo que determina la exclusión de las personas jurídicas de su ámbito subjetivo de aplicación. En particular, la STS, Sala de lo Civil, 68/2016, de 16 de febrero [RJ 2016\563], en relación con un supuesto de pretendida lesión del derecho al honor de una persona jurídica por cesión de sus datos a un fichero de morosos, declara que la normativa sobre la protección de datos de carácter personal sólo es aplicable a las personas físicas.

Sin perjuicio de ello, el art. 78.º, 1 del RGPD sí admite la legitimación activa de las personas jurídicas en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva frente a una autoridad nacional de control y ello por cuanto, se trata de procedimientos en los que estarán habitualmente involucrados responsables y encargados de tratamiento – e, incluso, delegados de protección de datos – que, con frecuencia, tendrán la naturaleza jurídica de personas jurídicas; al tiempo que la legitimación activa de determinadas personas jurídicas se admite en relación con el ejercicio de acciones colectivas de tutela de conformidad con las previsiones del art. 80.º del RGPD y en el caso de que tengan amparo en las previsiones de los Derechos procesales nacionales, como seguidamente se expone.

2.º) Los arts. 77.º y 79.º del RGPD se refieren exclusivamente a los «interesados» al regular, respectivamente, los derechos a presentar una reclamación ante una autoridad de control y a la tutela judicial efectiva frente a un responsable o a un encargado de tratamiento y lo hacen en línea con la previsión del Cdo. 146 del propio RGPD que alude al derecho de los «interesados» a recibir una indemnización total y efectiva de los daños sufridos.

En relación con el concepto de «interesado» en el RGPD, hemos de estar a la previsión de su art. 4.º, 1, a tenor del cual, «*interesado*» es una «persona física identificada o identificable», respecto de la que se produzca el tratamiento de cualquier información considerada como datos personales, precisando que se considerará como persona física identificable «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Lo cierto es que el término «interesado» utilizado en la versión en español del RGPD, similar al «*interessato*» de la versión italiana y a los de «*personne concernée*» y «*betroffene Person*» de las versiones francesa y alemana respectivamente, no son los técnicamente más correctos, debiendo haberse utilizado la expresión titular de los datos personales, de manera concordante con el término «*data subject*» de la versión en inglés del Reglamento y «titular dos dados» de su versión en portugués.

### **3.2. La legitimación para la tutela «post mortem»**

Sin perjuicio de los supuestos de sucesión procesal que se rigen de conformidad con las previsiones del art. 16.º de la LECiv, merece una particular consideración la cuestión atinente a la legitimación activa para el ejercicio de acciones de protección de los derechos sobre datos personales de personas físicas tras el fallecimiento de éstas y, en particular, la determinación de la posibilidad de su tutela «*post mortem*» y de identificación de las personas que gozan de legitimación activa en estos supuestos, en

particular para el ejercicio de las acciones indemnizatorias. A tenor de la doctrina que resulta de las SSTC 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril, la muerte de la persona que conlleva la extinción de la personalidad, entendida como idoneidad para ser titular de derechos subjetivos (capacidad jurídica), es compatible con la subsistencia, derivada del principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona (*ex art. 10.º, 1 de la CE*), de un derecho al respeto de los derechos existenciales de la persona, de los que disfruta en vida, incluso tras su fallecimiento (derecho al respeto de la personalidad pretérita). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, cada vez son más los contenidos digitales, ordinariamente de naturaleza extrapatrimonial, vinculados a datos personales, que son transmisibles «mortis causa», aun cuando, con frecuencia, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (*v.gr., Google, Facebook, Amazon, etc.*) pretendan limitar contractualmente la referida transmisibilidad, planteándose la cuestión relativa la transmisión de su titularidad y, vinculada a ella, la legitimación del ejercicio de los derechos derivados de la misma, habiendo recibido alguna respuesta expresa en leyes autonómicas, como es el caso de la Ley 10/2017, de 27 de junio, *de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del CC de Cataluña*. El art. 96.º, 4 de la LOPDPGDD expresamente dispone la aplicación preferente de las normas de Derecho civil propio de las CCAA en el caso de que existan en relación con las propias previsiones del referido precepto, si bien refiere su ámbito de subjetivo de aplicación, de manera técnicamente incorrecta, a las «personas fallecidas en las comunidades autónomas con Derecho civil, foral o especial, propio», cuando debería referirlo a las personas fallecidas con una vecindad civil correspondientes a una CA con un Derecho civil propio (al ser éste el criterio que ha de tomarse en consideración para determinar el Derecho aplicable).

Respecto de la cuestión que se ha planteado no existe previsión expresa alguna en el RGPD, pero sí en la LOPDPGDD, en cuyo art. 96.º se contiene una previsión sobre el denominado derecho al testamento digital, en el que se regula el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, atribuyendo legitimación para realizar aquel acceso a las personas vinculadas por el fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos y, en su caso al albacea testamentario. Fuera de este supuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos protegidos, concurren razones suficientes para argumentar, sobre la «*eadem ratio*» existente en ambos supuestos, la aplicación analógica, de las previsiones expresas contenidas en el art. 6.º de la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, que extiende la legitimación activa de las personas que, de acuerdo con su art. 4.º (la designada en testamento, el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y, en su caso, Ministerio Fiscal) la tienen para promover la defensa de la memoria de la persona fallecida, a los supuestos de lesiones producidas en vida del titular de los derechos de la personalidad, permitiéndoles el ejercicio de las acciones que la persona que ha padecido la intromisión ilegítima no haya podido ejercitar antes de su fallecimiento (por sí o por su representante legal), por las circunstancias en que la lesión se produjo (párrafo 1.º), y para la continuación en las acciones que ya hubiera entablado (párrafo 2.º). En ambos supuestos (a diferencia de lo que sucede en la defensa de la reputación de una persona fallecida) con el ejercicio o con la continuación de las acciones se pretende la tutela frente a las intromisiones ilegítimas sufridas en vida por el titular de los derechos y se previene el destino que ha de darse a la reparación de los daños que con ellas se le han causado en vida, a cuyos efectos,

el inciso final del art. 9.º, 4 de a LO 1/82 dispone que la indemnización que, en su caso, se establezca para resarcir el daño causado al titular de derecho lesionado, se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Si se admiten las premisas precedentes, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones para la protección de los derechos derivados de la necesaria tutela de los datos personales de la persona fallecida corresponderá a la persona que el fallecido haya designado, a los familiares (y no a los herederos), con fundamento en el «deber recíproco de protección existente entre los miembros de la familia», y, en defecto de todos ellos, al Ministerio Fiscal. Estas personas ejercitarán la acción frente a las intromisiones o lesiones producidas «post mortem», porque ostentan una legitimación «*ope legis*», vinculada a un derecho, la dignidad protegida de la personalidad pretérita, cuya tutela pretenden con el proceso, apreciándose la independencia de la cualidad de legitimado con la de beneficiario de la indemnización que, en su caso, proceda por la lesión del derecho a la tutela de los datos personales, en tanto que las personas legitimadas, por la voluntad del fallecido o por disposición de la ley, no son, en atención a esta cualidad, destinatarios de la indemnización que, en su caso, se conceda.

### ***3.3. Acciones indemnizatorias colectivas***

El art. 80.º del RGPD contempla la posibilidad de que, conforme a las disposiciones de los Derechos nacionales, los titulares de datos personales otorguen mandato a entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales, en orden a que presenten, en su nombre, la reclamación y ejerzan, también en su nombre, los derechos contemplados en los arts. 77.º (presentar reclamaciones ante las autoridades de control), 78.º (tutela judicial efectiva contra una autoridad de control), 79.º (tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado de tratamiento) y el derecho a la indemnización en los términos del art. 82.º del RGPD. El apartado 2.º de este mismo art. 80.º del RGPD prevé también que los Derechos nacionales puedan prever que cualquiera de las referidas entidades -entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales-, con independencia de la existencia de un mandato del interesado, tengan legitimación para presentar, en ese Estado miembro, una reclamación ante la autoridad de control competente en virtud del art. 77.º del RGPD y a ejercer los derechos contemplados en los arts. 78.º y 79.º, si consideran que los derechos del interesado reconocidos en el propio RGPD han resultado vulnerados como consecuencia del tratamiento realizado. Lo más llamativo de las previsiones del art. 80.º del RGPD radica en que para que las entidades a las que se refiere puedan tener atribuida legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria del art. 82.º del RGPD se exige la concurrencia de un mandamiento expreso conferido por el interesado a favor de la entidad que ejercite, de manera colectiva, la acción que nos ocupa. La pregunta que, de manera evidente e inmediata surge, es la que sigue: ¿significa el distinto ámbito objetivo de los apartados 1.º y 2.º del art. 80.º del RGPD que los Estados nacionales no pueden prever en sus Derechos internos acciones colectivas de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para el caso de lesiones dañosas en materia de tratamiento de datos personales? La respuesta, a mi juicio, es evidentemente negativa, sin perjuicio de la criticable exclusión de la

previsión expresa de la acción indemnizatoria o de daños en el apartado 2.º del citado art. 80.º del RGPD.

No se ha previsto por el legislador español una acción colectiva de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para los casos de daños o perjuicios causados a una pluralidad de sujetos como consecuencia del tratamiento ilícito de datos personales, al margen de las acciones colectivas de tutela de daños ocasionados a consumidores y usuarios reguladas en los arts. 11.º, 2 y 3 de la LECiv y ello a diferencia de lo que sucede, *v.gr.*, en el Derecho francés, tras la reforma del art. 37.º de la *Loi* núm. 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés llevada a cabo por la *Ordonnance* n°2018-1125 de 12 de diciembre de 2018. En el Derecho español, sólo una interpretación amplia del art. 6.º, 1, 7.º de la LECiv, en consonancia con la previsión del art. 7.º, 3 de la LOPJ, ampararía el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria prescindiendo de la cualidad de consumidores y usuarios de los sujetos perjudicados, como acontece en todos aquellos casos en los que la acción se funde en el art. 1902.º del CC.

En el Derecho francés, el vigente apartado 2.º del art. 37.º de la *Loi* núm. 78-17, du 6 janvier 1978 dispone que cuando varias personas físicas situadas en una posición similar sufran un daño que tenga como causa común una infracción de la misma naturaleza de las disposiciones del RGPD o de la propia Ley francesa, imputable a un responsable de tratamiento de datos personales o un encargado del tratamiento, puede ejercitarse una acción colectiva ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción administrativa competente en atención a los casos individuales presentados por el actor, previo informe de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. El ap. 3.º del mismo precepto, precisa que esta acción puede ser ejercitada con la finalidad de hacer cesar la infracción o con la finalidad de imputar la responsabilidad civil a la persona que ha causado el daño, con el propósito de obtener una reparación de los perjuicios materiales y morales sufridos, así como las dos finalidades: cesación e indemnización. En todo caso la responsabilidad sólo puede ser imputada con el fundamento en este precepto en el caso de que el hecho generador del daño sea posterior al 24 de mayo de 2018 (fecha de entrada en vigor del RGPD). El apartado 4.º del art. 37.º de la Ley francesa de protección de datos enuncia los sujetos activamente legitimados para ejercitar la referida acción colectiva, presentado este elenco el carácter de *numerus clausus*:

- 1.º) Las asociaciones válidamente constituidas, con una antigüedad superior a cinco años y que tengan como objeto estatutario la protección de la vida privada o la protección de los datos personales.
- 2.º) Las asociaciones de defensa de los consumidores representativas a nivel nacional y sujetas a la aplicación del art. 811.º, 1 del *Code de la consommation*, cuando el tratamiento de los datos personales afecte a los consumidores.
- 3.º) Las organizaciones sindicales y de funcionarios representativas en el sentido de los artículos L. 2122-1, L. 2122-5 o L. 2122-9 del *Código de trabajo* o del apartado III del art. 8.º bis de la *Loi* n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, en aquellos casos en los que el tratamiento afecte a los intereses de las personas cuyos intereses los estatutos de estas organizaciones contemplen defender. Asimismo, se precisa que cuando la acción colectiva ejercitada pretenda la reparación de los perjuicios causados, se ejercitará en el marco del procedimiento individual de reparación establecido en el Capítulo 1.º del Título



V de la *Loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* y en el Capítulo X del Título VII del Libro VII del *Code de justice administrative*.

La STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto C-498/16; *Schrems vs. Facebook*), resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria) conociendo, en grado de casación, de la demanda interpuesta por *M. Schrems* frente a *Facebook Ireland Ltd.*, como consecuencia del espionaje masivo de cuentas abiertas en esta red social por parte de los servicios de inteligencia de USA, fundada en la infracción del normativa de la UE en materia de protección de datos personales y ejercitando pretensiones declarativas en relación con la invalidez de varias cláusulas contractuales, de cesación en el uso de sus datos, de información sobre el destino de éstos, de rendición de cuentas y de indemnización de daños y perjuicios, argumentando la competencia territorial en el fuero especial del domicilio del consumidor previsto en el art. 16.º, 1 del Reglamento 44/2001 (vigente Reglamento 1215/2012), si bien el actor (*M. Schrems*) es un jurista especializado en Derecho informático y protección de datos, al tiempo que ejercita la acción agrupando la propia derivada de su relación contractual con *Facebook*, con otras similares que le han cedido otros usuarios austriacos, de otros Estados de la UE e incluso de terceros Estados. Respecto de la primera cuestión planteada, el TJUE considera como consumidor a un experto en la materia que ha convertido el litigio propio en fuente de ingresos como acontece con el Sr. *Schrems*; pero no admite el fuero de competencia territorial especial del consumidor, señalando que éste sólo es aplicable cuando el demandante actúa en defensa de derechos nacidos de su relación contractual con el empresario o profesional, sin que dicho fuero se extienda también a las acciones cedidas por usuarios domiciliados en distintos Estados,<sup>3</sup> argumentando sobre el carácter excepcional del fuero tuitivo del consumidor, al tiempo que considera que esta solución es la que mejor garantiza la previsibilidad de la atribución de competencia, es uno de los objetivos perseguidos por el Reglamento «Bruselas-I»: el empresario espera razonablemente que el consumidor con quien contrató le demande ante los tribunales de su domicilio, de manera que la posibilidad de que el conocimiento del asunto acabe en una jurisdicción distinta por el azar de la cesión de acciones resulta sorpresiva y generadora de incertidumbre. El TJUE da así al traste con el intento de *M. Schrems* de construir una especie de «*class action*» similar al sistema del Derecho de los USA, partiendo de los escasos mimbres que, a estos efectos, le brinda la legislación procesal austríaca, utilizando las instituciones jurídicas de la cesión y acumulación de acciones, atribuyéndole el papel de representante y defensor del grupo de afectados por *Facebook*, al igual que acontece con el «*representative plaintiff*» del Derecho USA.

Por su parte, la STJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-319/2020), resolviendo una cuestión prejudicial planteada respecto de la interpretación del art. 80.º, 2 del RGPD, en el marco de un procedimiento seguido frente a «*Meta Platforms*» por infracción de la normativa sobre datos personales, declara este precepto debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite

<sup>3</sup> Comentando la STJUE de 25 de enero de 2018 Lafuente Torralba apunta a que la razón que subyace en este pronunciamiento radica en el temor al *forum shopping* o admisión de un fuero de conveniencia, en línea con lo apuntado en las conclusiones del Abogado General (M. BOBEK) en el referido asunto. Vid. Alberto José Lafuente Torralba, “Acciones colectivas, protección de datos y redes sociales: reflexiones al hilo de un reciente pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo”, en *Acciones colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, coords. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Piugvert (Madrid: Marcial Pons, 2018), 361 y 362.

a una asociación de consumidores ejercitar acciones judiciales contra el presunto infractor de la normativa en materia de protección de datos personales, invocando el incumplimiento de la prohibición de prácticas comerciales desleales, de una ley de protección de los consumidores o de la prohibición del uso de cláusulas nulas.

#### **4. La naturaleza de la responsabilidad civil en el art. 82.º del RGPD**

A tenor de la regulación del art. 82.º del RGPD tampoco puede darse una respuesta que no ofrezca dudas acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil que establece a cargo de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales. Tan es así que, en los primeros estudios publicados sobre esta cuestión se ha sostenido la naturaleza subjetiva<sup>4</sup> y la naturaleza objetiva de la misma. En esencia, el debate se centra en el significado que haya de atribuirse al apartado 3.º del referido art. 82.º del RGPD, a tenor del cual «el responsable o el 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».

A tenor de las previsiones normativas que acaban de ser invocadas, parece poder afirmarse que el RGPD establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva con inversión de la carga de a prueba de la culpa, en tanto que, en los casos de causación de un daño o perjuicio al titular de datos personales objeto de tratamiento, cuando haya mediado un incumplimiento de alguna de las previsiones específicas contenidas en el propio RGPD y que, debe hacerse extensivo a las contempladas en las normas nacionales de protección de datos personales; de tal manera que la acreditación por el responsable o, en su caso, por el encargado de tratamiento del cumplimiento de las previsiones legales que rigen su actividad, lo pondrá al amparo de la posibilidad de exigirle responsabilidad civil por los daños y perjuicios que haya padecido el titular de los datos personales. De esta forma, las normas que contemplan y disciplinan la actuación de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales se erigen en determinaciones normativas de estándares de diligencia de observancia preceptiva, cuyo incumplimiento permite la calificación de la actuación de los referidos sujetos como negligente y, en consecuencia, suficiente para considerar que concurre el título de imputación subjetiva de su responsabilidad civil.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el art. 82.º del RGPD pone a cargo del responsable y del encargado del tratamiento, a efectos de que puedan exonerarse de responsabilidad civil derivada de un evento dañoso cuya imputación se pretenda, bien que este evento dañoso resulta imputable a un hecho extraño a su esfera de control y de responsabilidad (hecho de un tercero o supuesto de fuerza mayor), bien que han adoptado todas las medidas normativamente exigidas y técnicamente posibles para evitar que se verificase el daño. Suele afirmarse que la razón o argumento que subyace en la inversión de la carga de la prueba de la culpa radica en el hecho de que el tratamiento de datos personales se califica como una actividad peligrosa, en tanto que expone a los titulares de los datos personales objeto de tratamiento a un riesgo, siendo esta actividad aceptada por la utilidad económica y social que conlleva, debiendo ser compensado aquel riesgo en el caso de que resulten vulnerados los derechos de

---

<sup>4</sup> Es la tesis propugnada por Eva María Nieto Garrido, “Derecho a indemnización y responsabilidad”, en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, coords. María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo, José Luis Piñar Mañas (dir.) (Madrid: Ed. Reus, 2016), 561, argumentando esencialmente sobre el significado del art. 82.º, 3 del RGPD.

los titulares de los datos personales que son tratado, ordinariamente en beneficio del responsable. En consecuencia, el titular de los datos personales, el interesado que ejercita la acción de responsabilidad civil habrá de acreditar: la existencia del daño o del perjuicio, así como su cuantía; la violación de una norma de tutela de los datos personales –representativa de la conducta antijurídica-, así como la relación de causalidad entre esta conducta y el daño cuyo resarcimiento pretende.

Conforme a las afirmaciones que preceden, el responsable o el encargado del tratamiento, según sea el caso, quedarán exentos de responsabilidad cuando demuestren que no les resultan subjetivamente imputables los daños y perjuicios. En este sentido, el Considerando 146 del RGPD explica que el responsable o el encargado tratamiento deben quedar exentos de responsabilidad si se demuestra que en modo alguno son responsables de los daños y perjuicios, lo que debe entenderse no como una tautología, sino como la posibilidad de exoneración en los supuestos de daños imputables a un tercero, a un evento externo al ámbito de riesgo (fuerza mayor), así como en aquellos casos en los que acrediten haber actuado de manera diligente.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a indemnización tampoco será exigible si no se ha producido una infracción del RGPD o, en los términos ya expuestos, de la LOPDPPGDD, en el sentido de que dicha infracción produzca un daño económico o moral al interesado cuyos datos personales son objeto del tratamiento; esto es, en aquellos casos en los que el daño cuyo resarcimiento se pretenda no pueda calificarse como antijurídico; lo que sucederá también en aquellos casos en los que no haya un tratamiento ilícito de datos personales (*v.gr.*, en aquellos casos en los que se tratan datos anonimizados, sin que sea posible reidentificar a la persona respecto de la que se tratan, de manera que no concurre una conducta ilícita).

En el Derecho brasileño también se debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil de los agentes de tratamiento de datos personales, considerando que la LGPD de 2018 establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva.<sup>5</sup>

En sentido contrario, en la doctrina española sostienen que tanto la responsabilidad civil del responsable del tratamiento, como la del encargado de tratamiento, es objetiva, en tanto que, a su juicio, no se hace depender de la concurrencia de culpa, al no existir ninguna referencia a la misma en las normas examinadas del RGPD.<sup>6</sup>

La indemnización requiere que el interesado pruebe que ha producido un daño, bien sea económico o patrimonial (material) o moral (inmaterial). En relación con el concepto de daño, el Cdo. 146 del RGPD explica que el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del TJUE, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del mismo. En el caso de que no se produzca daño o perjuicio alguno, pero sí concorra una vulneración de otras normas del Derecho de la UE o de los Estados miembros en materia de tutela de los titulares de los derechos personales objeto de tratamiento, aunque no fuera aplicable el derecho a indemnización acogido en el art. 82.º del RGPD, sí cabe la posibilidad de que el interesado presente

<sup>5</sup> Entre otros, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, “Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD”, *Cadernos Adenauer*, Vol. 3 (2019): 130; y, siguiendo a los anteriores, H. da Silva Lima, “Responsabilidade civil objetiva, subjetiva ou proativa? Pela Lei Geral de Proteção de Dados e suas implicações: contexto brasileiro”, *Revista Jurídica de Daños*, n.º 24 (2021): 8.

<sup>6</sup> Antoni Rubí Puig, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, n.º 4 (2018): 62-63; y Pedro Grimalt Servera, «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales* (APDC), coord. Isabel González Pacanowska (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 364-366.

una reclamación ante la autoridad nacional de protección de datos, si se trata de una conducta tipificada como ilícita, siendo susceptible de una sanción administrativa.

## 5. La relación del Derecho contractual de consumo con la protección de los datos personales

La digitalización obliga a cohonestar la regulación del Derecho de contratos con otras materias, como son la propiedad intelectual y, en particular, la protección de los datos personales. En el ámbito del Derecho de consumo, el RGPD tiene una aplicación plena y su incumplimiento puede constituir una falta de conformidad (Cdo. 48 de la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*), de modo que no cabe duda de la concurrencia del deber del empresario de respetar el RGPD en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (art. 119.º, *ter.5*, letra *b*), del TRLGDCU). Además, los datos personales utilizados por el empresario con finalidad comercial pueden ser considerados el precio o la contraprestación de los contenidos o servicios digitales (art. 59.º, 4 del TRLGDCU).<sup>7</sup>

Las anteriores consideraciones suscitan nuevas cuestiones y desafíos en el Derecho contractual a las que ha de darse una respuesta argumentada, como es qué consecuencias tiene la revocación del consentimiento sobre la eficacia del contrato o si el empresario tiene derecho a ser indemnizado en ese caso. Está claro que el equilibrio de intereses puede justificar que el empresario deje de continuar ofreciendo los contenidos y servicios digitales (art. 119.º, *ter.7* TRLGDCU), si bien partiendo del derecho fundamental que subyace en la tutela de los derechos personales, debería articularse mediante un derecho de denunciar o desistir del contrato y no un derecho a resolverlo, con fundamento en la revocación del consentimiento del consumidor al tratamiento de sus datos personales y ello por cuanto, porque esto último supone asumir que tal actuación del consumidor debe calificarse como un incumplimiento de éste, lo que resulta incompatible con su derecho a ejercer libremente la facultad de revocación (*ex* Cdo. 42 y arts. 4.º, 11, 7.º, 3, 7.º, 4 y 21.º del RGPD).

A su vez, el art. 59.º *bis.1*, letra *f*), del TRLGDCU, en su redacción fruto de la transposición del art. 2.º, 1 la referida Directiva 2019/771 eliminó la referencia al precio en la definición de compraventa de bienes, con o sin elementos digitales. Se trata de un evidente error técnico del legislador español puesto que es evidente que del precio no se puede prescindir en la compraventa, con independencia de que sea en dinero o signo que lo represente (art. 1445.º del CC). Por otra parte, si pueden ser objeto de compraventa los contenidos digitales (estén o no incorporados en un soporte duradero), su precio también pueden serlo los datos personales, salvo que estos sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar la prestación o cumplir las obligaciones legales a que está sujeto (arts. 3.º, 1 Directiva 2019/771, 3.º, 1.º *bis* Directiva 2011/83 y 59.4 TRLGDCU). El art. 59.º *bis.1*, letra *f*), del TRLGDCU no alude a esta circunstancia, si bien la norma vigente admite abiertamente que los datos personales pueden ser considerados precio (el art. 119.º *ter.2* TRLGDCU alude expresamente a los “*datos personales como contraprestación*”). El TRLGDCU no aclara

<sup>7</sup> *Vid.*, entre otros, Ma Nieves Pacheco Jiménez y Mikael Leal Coronado, “Nueva moneda de cambio: nuestros datos personales como pago de contenidos digitales”, Centro de Estudios de Consumo, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/2961-nueva-moneda-de-cambio-nuestros-datos-personales-como-pago-de-contenidos-digitales>.

sobre si se aplica en la compraventa de bienes tangibles (con o sin elementos digitales), si bien no concurre argumento alguno para impedirlo en tanto que el art. 2.º, 7 de la Directiva 2019/771 señala que es posible el pago mediante representación de un valor, así como con dinero “funcional” (vales y cupones electrónicos y monedas virtuales).<sup>8</sup> El Cdo. 23 de la Directiva 2019/771 no cualifica a estas últimas de contenido digital y ciñe el valor de las monedas virtuales a su posible función como medio de pago.

---

<sup>8</sup> El Cdo. 23 de la Directiva 2019/771 aclara que «las representaciones digitales de valor también debe entenderse que incluyen las monedas virtuales, en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional. La diferenciación en función de los métodos de pago podría ser motivo de discriminación y ofrecer un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de representaciones digitales de valor. Sin embargo, dado que las representaciones digitales de valor no tienen otra finalidad que servir como método de pago, no deben ser consideradas por sí mismas un contenido digital o un servicio digital en el sentido de la presente Directiva».