

Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

I. INTRODUCCIÓN

Con el Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento general de protección de datos (en adelante, RGPD¹), la UE pretende ofrecer una protección exhaustiva de los datos personales de los interesados al tiempo que persigue garantizar un mercado interior en el que todos los interesados participen en igualdad de condiciones. Para alcanzar estos fines resulta esencial proporcionar un mecanismo indemnizatorio como el previsto en el art. 82 RGPD, que establece el derecho del interesado cuyos datos personales han sido objeto de una deficiente protección a reclamar esta indemnización. De este modo, junto a la tutela pública de la protección de datos, se articula la posibilidad de que sean los propios interesados (bien de forma individual, bien a través de asociaciones representativas) quienes fomenten el cumplimiento del RGPD promoviendo las acciones de indemnización². Se trata de un mecanismo parecido al que el legislador

1. 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/EC (DOUE L119/1 de 4 mayo 2016).
2. HESS, B. "Die EU-Datenschutzgrundverordnung und das europäische Prozessrecht", en SCHÜTZE, R.A., (ed.) *Fairness, justice, equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2017, p. 255-266, p. 257. Con matices sobre la efectividad de esta intervención privada, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., "Procedural Harmonization and Private Enforcement in the Area of Personal Data Protection", *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, Working Paper 3*, 2019, p. 18; MENEZES CORDEIRO, A.B., "Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR", *EDPL*, vol. 5, 2019, pp. 492-499.

europeo ha incorporado en otro sector relevante para la UE: el Derecho de la competencia³.

Este tipo de reclamaciones ya existía bajo el régimen de la Directiva 95/46/CE de protección de datos (en adelante, DPD⁴), que en su art. 23 establecía el derecho a la indemnización, sin desarrollar con detalle los distintos aspectos de su ejercicio. Las distintas transposiciones del texto, por otra parte, habían generado una cierta dispersión normativa que el art. 82 RGPD corrige, estableciendo no sólo la existencia del derecho⁵, sino también las circunstancias y condiciones en que dicha indemnización puede solicitarse (*v. gr.* responsabilidad de encargado y responsable, derecho de repetición). Por último, se aclara que esta reclamación puede realizarse por vía jurisdiccional⁶. De este modo se mejora notablemente el régimen anterior⁷.

Recientes escándalos relacionados con la vulneración de la protección de datos personales han generado un creciente interés por este tipo de acciones de indemnización. Baste referir el famoso *Cambridge Analytica*⁸, a partir del cual se han iniciado ya varias acciones por parte de asociaciones de consumidores en distintos Estados de la UE⁹. Este tipo de infracción

3. Es interesante señalar que la aplicación de las regulaciones de protección de datos y de la competencia puede solaparse, pues ciertas actuaciones contrarias al RGPD pueden producir efectos en la competencia del mercado, *vid.* BOTTA, M. y WIEDEMANN, K., "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey", *The Antitrust Bulletin*, 2019, vol. 64(3) pp. 428-446.
4. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281/31 de 23 de noviembre de 1995).
5. Art. 82. 1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.
6. Art. 82. 6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización, se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2.
7. TRULI, E., "The General Data Protection Regulation and Civil Liability", en BAKHOUM, M. et al. (eds.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law 28, 2018, pp. 303-329; VAN ALSENOY, B., "Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation", *7 J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 2016, pp. 271-288.
8. <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/17/the-cambridge-analytica-scandal-changed-the-world-but-it-didnt-change-facebook>.
9. En España, la acción ha sido interpuesta por la OCU en 2019 ante el juzgado de lo mercantil de Madrid (<https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de>

podría calificarse como un *data misuse*, es decir un tratamiento ilícito o un uso no consentido de los datos por parte del responsable (o encargado)¹⁰. Pero existen también notorios escándalos de otro tipo de vulneración, el *data breach*, en el cual lo que se produce es un tratamiento deficiente, un acceso no autorizado (*v. gr.* quiebras de los sistemas de seguridad que permiten robo de datos personales con posible utilización posterior¹¹) o una difusión masiva de datos personales (*v. gr.* el caso *Morrison's*¹², en el Reino Unido, donde el empleado despedido se “venga” de la empresa robando los datos de los trabajadores)¹³.

La eficacia de estas reclamaciones va a depender de cómo se articule esta acción ante los tribunales de los Estados miembros. En este sentido, a diferencia de lo que ocurría con la Directiva 95/46, norma que exigía un desarrollo en los textos nacionales de la articulación del derecho a la indemnización, el detalle en la regulación del RGPD permite que los Estados miembros no incorporen referencias específicas a este derecho en las normas nacionales que completan el RGPD. Así ocurre por ejemplo con la LOPDGDD española¹⁴. Otros Estados miembros, por el contrario, retoman

prensa/2019/admision-demanda-facebook); en Italia, por la asociación Altroconsumo en 2018 ante los tribunales de Milán (<https://www.altroconsumo.it/organizzazione/media-e-press/comunicati/2018/class-action-di-altroconsumo-contro-facebook-oggi-notificato-latto-e-inviata-una-nuova-diffida>); en Bélgica, la asociación Test-Achats en 2018 interpuso la acción ante los tribunales de Bruselas (https://www.rtbef.be/info/societe/detail_action-collective-de-test-achats-contre-facebook-deja-42-000-signataires?id=10332961) y en Portugal, por Deco-Proteste en (<https://www.deco.proteste.pt/acoes-coletivas/os-meus-dados-sao-meus#>). En todas ellas se trata de acciones colectivas en las que se reclama a Facebook una indemnización de al menos 200 euros para cada usuario de esta red social.

10. Google (en los asuntos *Google v. Vidal-Hall* [2015] EWCA Civ 311 o *Lloyd v. Google* [2019] EWCA Civ 1599) o TikTok (*Davgaard SOMI v. Tiktok* en Países Bajos) también han sido demandadas en reclamación de daños no patrimoniales resultantes de la captación indebida de los datos de sus usuarios.
11. Como sucedió, por ejemplo, con el hackeo de las cuentas de los usuarios de la plataforma de encuentros *Ashley Madison*, que han seguido siendo extorsionados años después con la amenaza de publicar la información (<https://threatpost.com/ashley-madison-breach-extortion-scam-targets-hundreds/152481/>).
12. *WM Morrison's Supermarkets Plc v. various claimants*, [2020] UKSC 12 (<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0213.html>). La acción fue interpuesta por más de 5000 trabajadores, aunque no resultó en una condena a la empresa.
13. La distinción entre *data breach* y *data misuse* se toma de RABIN, R.L., “Perspectives on Privacy, Data Security and Tort Law”, *De Paul L. Rev.*, 2017, vol. 66, pp. 313-337, p. 314.
14. Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) de 5 de diciembre (BOE núm. 294, de 6 de diciembre 2018, pp. 119788 y ss). Por contra, el art. 19 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal (LOPD), sí recogía la transposición del art. 23 DPD.

en esencia el art. 82 RGPD (*v. gr.* Portugal¹⁵ o Suecia¹⁶) mientras que un tercer grupo de Estados miembros incluyen disposiciones relativas al ejercicio de dicha acción de indemnización, cubriendo aspectos no previstos por el RGPD como el plazo de prescripción de la acción¹⁷, su naturaleza¹⁸, completando con normas procesales internas las remisiones que el art. 82 RGPD realiza al art. 79.2 RGPD¹⁹, o remitiendo a la normativa civil en acciones de indemnización²⁰.

La existencia de un derecho reconocido a la indemnización no supone que todos los elementos necesarios para el ejercicio de dicha acción estén

15. Art. 33 de la *Lei 58/2019* de 8 de agosto (<https://data.dre.pt/eli/lei/58/2019/08/08/p/dre>).
16. Capítulo 7 de la *Lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning*, de 19 abril de 2018 (https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2018218-med-kompletterande-bestammelser_sfs-2018-218).
17. Así, la *Data Protection Act (Cap. 586)* maltesa de 28 de mayo 2018 (<https://legislation.mt/eli/cap/586/eng/pdf>) (*Section 30 (Right to take action against the controller or processor)*) (4) Any action under this article shall be instituted within a period of twelve months from the date when the data subject became aware, or ought to have reasonably become aware, of such a contravention, whichever is the earlier); o la *Bundesdatenschutzgesetz-BDSG* alemana de 30 de junio 2017 (http://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/) (§83 *Schadenersatz und Entschädigung*) (5) Auf die Verjährung finden die für unerlaubte Handlungen geltenden Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung).
18. El art. 216 de la ley belga, (*Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, consultada en <https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2018/07/30/2018040581/justel>) establece un régimen doble ya que "À la suite de l'action visée à l'article 209, le demandeur peut réclamer la réparation de son dommage conformément à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle"; sin embargo, la *Section 128 (2)* de la ley irlandesa (*Data Protection Act 2018*) opta por una calificación extracontractual: "A data protection action shall be deemed, for the purposes of every enactment and rule of law, to be an action founded on tort".
19. *Vid.* por ejemplo la *Datenschutzgesetz – DSG* austríaca (de 31 de julio 2017, consultada en <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10001597/DSG%2c%20Fassung%20vom%2023.09.2021.pdf>): *Haftung und Recht auf Schadenersatz* § 29. (2) "Für Klagen auf Schadenersatz ist in erster Instanz das mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Landesgericht zuständig, in dessen Sprengel der Kläger (Antragsteller) seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Klagen (Anträge) können aber auch bei dem Landesgericht erhoben werden, in dessen Sprengel der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz oder eine Niederlassung hat".
20. Así, la ley austríaca: *Haftung und Recht auf Schadenersatz* § 29. (1) "Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO oder gegen § 1 oder Artikel 2 1. Hauptstück ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter nach Art. 82 DSGVO. Im Einzelnen gelten für diesen Schadenersatzanspruch die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts".

regulados en el RGPD. Así ocurre por ejemplo con la naturaleza de la acción (por indemnización contractual o extracontractual) o con los plazos para la prescripción. De ahí la importancia de estas disposiciones nacionales que permiten o facilitan el ejercicio de dicha acción. Ahora bien, las reglas que desarrollan la normativa nacional en materia de protección de datos personales no están necesariamente diseñadas para abordar los supuestos con conexiones transfronterizas, y esto suscita la duda de cómo pueden aplicarse las soluciones nacionales en una situación con elemento de internacionalidad. La respuesta es compleja no sólo porque carecemos normas de Derecho internacional privado (DIPr) específicas sobre protección de datos (tanto a nivel europeo como nacional), sino también porque en muchas ocasiones las normas nacionales de protección de datos personales establecen de manera unilateral su ámbito de aplicación espacial, generando situaciones de concurrencia o laguna de normas aplicables.

Parece pertinente, pues, abordar cómo se articula el régimen de las acciones de indemnización por vulneración del derecho a la protección de datos personales en el marco europeo en un supuesto transfronterizo. Dos cuestiones son claves en este sentido: por una parte, identificar el tribunal ante el que puede plantearse la demanda de indemnización, aspecto que aborda el art. 82.6 RGPD, remitiendo al art. 79.2 RGPD. Esta regla de competencia judicial internacional (en adelante, CJI) ofrece una solución específica para los litigios vinculados con la protección de los datos cuya relación con otras reglas de CJI no está claramente establecida. Tal y como indica el considerando 147 del RGPD, la aplicación de normas como el Reglamento 1215/2015, Bruselas *Ibis*, debe entenderse “sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas”, fórmula que exige aclarar si, cuándo y cómo pueden aplicarse otras reglas de CJI. A estas cuestiones dedicaremos la primera parte del trabajo (II). Por otro lado, es fundamental identificar qué ley resulta aplicable para regular aquellos aspectos vinculados al ejercicio de la acción de indemnización que no están recogidos en el RGPD. En este sentido, la ausencia de una norma de conflicto explícita en el RGPD complica la respuesta y obliga a indagar sobre la posibilidad de recurrir a otras normas de conflicto europeas (*v. gr.* los Reglamentos europeos sobre ley aplicable en materia contractual y extracontractual), o articular soluciones *ad hoc* para este supuesto. Estas cuestiones son el objeto de la segunda parte del trabajo (III).

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Conforme al art. 82.6 RGPD “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". Antes de abordar las soluciones de CJI del art. 79.2 RGPD conviene detenerse en el análisis del art. 82.6 RGPD, norma de aparente sencillez. En efecto, la referencia al "Derecho del Estado miembro" suscita una primera dificultad interpretativa. ¿Se trata de un complemento a "los tribunales competentes" o bien introduce una condición relativa al modo en que debe plantearse la acción? Una primera interpretación permitiría entender que el art. 82.6 RGPD se refiere a las normas procesales del Estado miembro al que remite el art. 79.2 RGPD; es decir, que sería una norma de remisión procesal para las cuestiones de competencia territorial y material dentro de cada Estado miembro²¹. Ahora bien, esta remisión a la normativa del Estado miembro para establecer la competencia territorial carece de sentido si se limita sólo a una remisión genérica y no a una identificación de la regla concreta de competencia territorial. En otros términos, cuando una norma europea sólo establece qué Estado miembro tiene la competencia judicial internacional, la delimitación territorial viene establecida por las reglas procesales internas, no es necesario que el RGPD indique la necesidad de consultar estas últimas²². Es decir, la referencia al Derecho del Estado miembro entendida en este sentido no aporta nada. Podría tal vez considerarse que el RGPD pretende aclarar que será cada Estado miembro quien establezca cuál es la normativa pertinente a estos efectos, si la procesal o la relativa a la protección de datos (*i.e.* una LEC o una LOPDGDD). Pero tampoco en este sentido parece que la referencia aporte mucho. Más aún, esta remisión tampoco resulta útil para resolver el problema que se plantearía si dicha norma estatal no existe o no permite la identificación de un tribunal competente²³.

-
21. FRANZINA, P., "Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation" en DE FRANCESCHINI (ed.) *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*. Intersentia, 2016, pp. 81-108, p. 99; LÜTTRINGHAUS, J. D., "Das internationale Datenprivatrecht: Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts –Das IPR der Haftung für Verstöße gegen die EU-Datenschutzgrundverordnung–", *ZVglWiss*, 2018, pp. 50-82, p. 67; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, J.L., "Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al artículo 82 RGPD)", en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.); GONZÁLEZ RIVAS, J.J., (pr.) *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 2, 2021, pp. 3057-3075, p. 3072.
 22. WERKMEISTER, Ch., "Artikel 79" en GOLA (Hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung VO(EU) 2016/679*, Beck, 2017, §10.
 23. Véase por ejemplo, en relación con las acciones colectivas, CASAROSA, F., "Transnational collective actions for cross-border data protection violations", *Internet Policy Review*, 2020, vol. 9(3), p. 5 <http://policyreview.info/articles/analysis/transnational-collective-actions-cross-border-data-protection-violations>.

Una lectura conjunta del art. 82.6 y del art. 79 RGPD permite introducir una consideración adicional. Si el art. 82.6 RGPD incorporara una regla para establecer la competencia territorial de los tribunales indicados en el art. 79.2 RGPD a los efectos de las acciones de indemnización, cabe preguntarse por qué no existe esta necesidad de identificar la competencia territorial para el resto de acciones cubiertas por el art. 79 RGPD. En otros términos, no tiene mucho sentido explicitar la regla sólo para uno de los posibles tipos de acciones que se pueden litigar al amparo de dicho artículo, dejando los demás supuestos sin solución específica. A la luz de estas consideraciones, no se puede interpretar que la referencia al Derecho del Estado miembro tenga una finalidad procesal. Veremos *infra* III cuál es su alcance desde el punto de vista de identificación de la ley aplicable.

Aclarado el inciso inicial, para identificar cuáles son los tribunales competentes para conocer de una acción de indemnización al amparo del RGPD, el punto de partida debe ser el art. 79.2 RGPD, conforme al cual “Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones 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 aplicación del art. 79.2 supone que la acción que pretende litigarse esté dentro del ámbito de aplicación material y territorial del RGPD (*infra* 1)²⁴. Ahora bien, el hecho de que el art. 82.6 RGPD establezca que estas acciones deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro identificado en el art. 79.2 RGPD exige considerar si esta remisión es exhaustiva o si es posible utilizar otras normas de competencia judicial, en particular el Reglamento 1215/2012, Bruselas I *bis* (RBI *bis*) a la luz de lo establecido en el considerando 147 del RGPD, que prevé la aplicación de las normas del RBI *bis* “sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas” (*i.e.* las previstas en el art. 79.2 RGPD) (*infra* 2). Por último, el análisis de las reglas de competencia judicial internacional para acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos

24. Hay que tener en cuenta en este punto que dicho ámbito de aplicación no está limitado al territorio de la UE en un sentido estricto, puesto que sus reglas pueden también ser aplicadas a responsables que carezcan de establecimiento en la UE pero desarrollen una actividad de tratamiento de datos personales vinculada a la UE en los términos del art. 3 RGPD. Sobre el alcance extraterritorial del RGPD, *inter alios*, SVANTESSON, D.J., “Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation”, *IDPL*, 2015, vol. 5, pp. 226-234; DE HERT, P. y CZERNIAWSKI, M., “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, *IDPL*, 2016, vol. 6, pp. 230-243.

no se agota con transmisiones transfronterizas dentro de la Unión Europea, puesto que el RGPD también regula la transmisión transfronteriza de datos personales a un tercer país. El derecho a la indemnización en estos supuestos debe quedar igualmente asegurado conforme al art. 82 RGPD, si bien pueden no darse las condiciones de aplicación del art. 79.2 RGPD. Por ello habrá que identificar conforme a qué reglas un tribunal español podría asumir la competencia (*infra* 3).

1. ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN RESULTANTES DE UN TRATAMIENTO DENTRO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL RGPD

1.1. Sobre el ámbito de aplicación del artículo 79.2 RGPD

El art. 79.2 RGPD introduce un doble criterio de jurisdicción que confiere la competencia a los tribunales del Estado miembro en el que el encargado o responsable tenga un establecimiento o, alternativamente, ante los tribunales del Estado miembro en el que el interesado tenga su residencia habitual (a menos que el responsable o encargado sea una autoridad pública en ejercicio de sus poderes públicos)²⁵. Sin embargo, a diferencia del RBI *bis*, que, como regla general, hace depender su aplicación de la localización del domicilio del demandado en un Estado miembro de la UE, no existe en el art. 79.2 RGPD una referencia concreta a su ámbito de aplicación territorial. En ausencia de otra delimitación, se puede sostener que resulta aplicable siempre que se verifique el criterio de aplicación previsto por el art. 3 RGPD, *i.e.* cuando el responsable (demandado) tenga su establecimiento en la UE o el interesado se encuentre en la UE²⁶, con independencia en este último caso de dónde se localice el responsable demandado²⁷. Ello implica que es posible recurrir al art. 79 RGPD incluso

25. Esta última hipótesis queda fuera del análisis de este trabajo.

26. MARONGIU BUONAIUTI, F., "La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) N. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel Regolamento 'Bruxelles I-bis'", *CDT*, 2017, n.º 9(2), pp. 448-464, p. 453; HESS, B., "Die EU-Datenschutzgrundverordnung...", *op. cit.*, p. 262.

27. *Cfr.* WERKMEISTER, Ch., "Artikel 79", *op. cit.*, §17 sugiere que sólo se aplica art. 79.2 RGPD cuando el demandado tenga un establecimiento en la UE, proponiendo en caso contrario la aplicación de la normativa interna. Esta posición no es aceptable en tanto del art. 3.2 RGPD resulta evidente que el ámbito de aplicación del RGPD alcanza también a estos demandados, a los que les sigue siendo aplicable el art. 79.2 si bien sólo en uno de los foros posibles. Tampoco parece razonable recurrir en estos casos a la existencia de un representante en el territorio del Estado miembro como criterio de conexión procesal (como sostiene el mismo WERKMEISTER, Ch., "Artikel

cuando el responsable carezca de establecimiento en territorio comunitario siempre y cuando el interesado afectado sí esté en la UE²⁸.

Una segunda cuestión que puede suscitar dudas es si el art. 79.2 RGPD puede utilizarse para todo tipo de acciones de indemnización, *i.e.* de carácter individual o colectivo. La posibilidad de interponer acciones colectivas está reconocida en el art. 80 RGPD, al permitir que el interesado autorice a una entidad para que presente en su nombre la reclamación y ejerza los derechos previstos en los arts. 77 a 79, así como el derecho a la indemnización del art. 82, si así lo prevé la legislación del Estado miembro²⁹. De este modo, el interesado cuyo derecho a la protección de datos personales se ha visto vulnerado y desea reclamar una indemnización tiene la posibilidad de interponer una acción individual o una colectiva en las condiciones previstas en el Derecho del Estado miembro. En este sentido, los foros del art. 79.2 RGPD también deberían valer para una acción colectiva de indemnización (cuando esté prevista en el Estado miembro)³⁰.

Existen, sin embargo, posiciones contrarias que excluyen la posibilidad de recurrir al art. 79.2 RGPD en estos casos. Son varias las objeciones realizadas, como considerar que, al reconocer este derecho a “todo interesado”, el art. 79 RGPD excluiría la posibilidad de que el representante pueda utilizar estos foros³¹. También se señala que la conexión de la

79”, *op. cit.*, §18) pues los foros identificados en el RGPD son exclusivamente los del art. 79.2 RGPD. Por su parte, OSTER, J., “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im Datenschutz”, *ZeUP*, 2021, pp. 275-306, pp. 297-298, entiende que el segundo párrafo del art. 79.2 presupone la existencia de un establecimiento en la UE, interpretando que la expresión “tales acciones” hace referencia a las citadas en la frase anterior, *i.e.* las presentadas frente a un domiciliado en la UE; ahora bien, ante el riesgo de que esta solución active la aplicación de unas reglas procesales nacionales que no proporcionen tutela cuando el supuesto sí estaría dentro del ámbito de aplicación del art. 3.2 RGPD, sugiere “ampliar” el art. 79.2 RGPD también a los supuestos en que el demandado no tenga un establecimiento en la UE.

28. Cfr. OSTER, J., “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht...”, *op. cit.*, p. 298-299, que sostiene la exigencia de la residencia del interesado también frente al demandado con establecimiento en la UE, al tiempo que sugiere permitir a interesados no domiciliados en la UE demandar al responsable con establecimiento en la UE para asegurar los fines del RGPD.

29. PATO, A., “The collective private enforcement of data protection rights in the EU”, en CADIET, L., HESS, B. y REQUEJO ISIDRO, M., (eds.), *Privatizing Dispute Resolution*, Nomos, 2019, pp. 129-154.

30. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws and the Internet*, Elgar, 2020, §3.94.

31. REQUEJO ISIDRO, M., “Max Schrems against Facebook STJUE as. C-498/16”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Papers Series*, N.º 2018(4), p. 16; en contra, a la luz del considerando 145 –que hace referencia al demandante, y no al interesado– FEILER, L., FORGÓ, M. y WEIGL, M., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Global Law and Business, 2018, p. 284; DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.94.

residencia habitual impide su uso por una entidad representativa³². Por último, se objeta que, a diferencia del art. 82.6 RGPD, el art. 80 no reenvía directamente a los foros del art. 79.2, lo que supondría que estas acciones quedarían fuera del ámbito del RGPD y deberían ser resueltas por otras normas, *i.e.* el RBI *bis*³³. Frente a estas objeciones puede sostenerse que el art. 80 es un mecanismo de habilitación procesal, de modo que el representante ejerce el derecho del interesado conforme al art. 79 RGPD. Además, la remisión del art. 80 al art. 79 no está limitada al primer párrafo, de manera que no sólo se recoge el ejercicio de los derechos previstos en el art. 79.1 sino también el “derecho” a utilizar los foros del art. 79.2 RGPD. No tendría sentido conferir un derecho procesal para garantizar la tutela de los derechos del RGPD y no permitir hacerlo conforme al cauce previsto por el mismo artículo en su párrafo 2³⁴.

Para concluir el análisis del ámbito de aplicación del art. 79.2 RGPD es preciso abordar su alcance material. El art. 79 RGPD permite acudir a los tribunales en él previstos para garantizar el respeto de los derechos conferidos por el Reglamento, *i.e.* cualquier vulneración de cualquier derecho o el aseguramiento de un derecho (*v. gr.* al olvido), y también para solicitar una indemnización en caso de daños derivados de una infracción de aquellas disposiciones (art. 82 RGPD) siempre y cuando el demandante sea el interesado, titular de los datos. En caso contrario, por ejemplo, para una acción de exoneración de responsabilidad del responsable, estas reglas no son aplicables y se activan las soluciones generales del sistema de competencia judicial internacional³⁵. Generalmente se acepta que en el marco del art. 79 RGPD se podrían litigar no sólo las cuestiones resultantes de una vulneración directa del RGPD sino también de la normativa nacional a la que el propio RGPD se remite³⁶. Sin embargo, en el caso de

32. CASAROSA, F., “Transnational collective actions...”, *op. cit.*, p. 5, que sugiere entonces la aplicación de la normativa “nacional”. Alternativamente, sobre la posibilidad de considerar la “residencia habitual” de la entidad, REQUEJO ISIDRO, M., “Max Schrems against Facebook...”, *op. cit.*, p. 16.

33. Con más detalle, PATO, A., “The collective private enforcement of data protection rights...”, pp. 144 ss.

34. PATO, A. y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones colectivas para la protección transfronteriza de datos personales”, *IJPL*, 2021, *en prensa*.

35. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.95.

36. LUNDSTEDT, L., “International Jurisdiction over Cross-border Private Enforcement Actions under the GDPR”, en *50 Years of Law and IT: The Swedish Law and Informatics Research Institute 1968-2018*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2018 (Scandinavian Studies in Law Volume 65), pp. 214-255, p. 244 (consultado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3159854); *cfr.* REVOLIDIS, I., “Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations and the GDPR: A Case for ‘Privacy Tourism?’”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 11, 2017, pp. 7-37, p. 25.

las acciones indemnizatorias, el art. 82 RGPD establece que éstas deberán litigarse ante los tribunales del art. 79.2 RGPD, lo que suscita la duda de si el recurso a estos foros debe limitarse a las acciones del art. 82 RGPD o puede extenderse también al ejercicio de otras acciones concurrentes (de naturaleza extracontractual) en materias vinculadas con la vulneración de la protección de datos y para las que se pueda también solicitar indemnización³⁷. En la medida en que estas acciones, de no plantearse en este foro, quedarían sujetas a las reglas ordinarias de competencia y éstas tienden a solaparse con las del art. 79 RGPD (como se verá *infra*), no se ve razón para excluir el ejercicio de acciones concurrentes en este foro³⁸.

1.2. Los foros del artículo 79.2 RGPD

Establecido el ámbito de aplicación del art. 79.2 RGPD en materia de acciones indemnizatorias, podemos abordar el análisis de los foros de competencia. A pesar de la formulación inicial del artículo, que parece apuntar al carácter exclusivo del foro (cuando indica que el interesado “deberá ejercitar” la acción en el Estado del establecimiento del responsable o interesado), resulta evidente que ello no es así en la medida en que luego se establece que “alternativamente estas acciones podrán ejercitarse” en el Estado de la residencia habitual del interesado.

El criterio del establecimiento del responsable o encargado en un Estado miembro no se define de manera específica en el RGPD, si bien puede entenderse en el mismo sentido amplio que se refiere en otras disposiciones del RGPD, y en particular a la luz del considerando 22. Esta conexión abre un foro que se acerca al foro general en materia civil, *i.e.* el domicilio del demandado, si bien el concepto de “establecimiento” no es necesariamente equivalente al de domicilio (ex art. 4 RBI *bis*) y, a diferencia de éste, un responsable puede tener más de un establecimiento en el sentido del RGPD, todos ellos cubiertos por la regla del art. 79.2³⁹. Conviene tener presente igualmente que el concepto de establecimiento a efectos del RBI *bis* no es equivalente al del RGPD, de modo que, al contrario de lo que sucedería en aplicación del art. 7.5 RBI *bis*, el alcance del art.

37. Este sería el caso de los litigios para la protección de derechos fundamentales de la LO 1/1982 en España o el § 823 BGB alemán.

38. A favor, LÜTTRINGHAUS, J.D., “Das internationale Datenprivatrecht...” *op. cit.*, p. 67 y nota 65; en contra, WERKMEISTER, Ch., “Artikel 79”, *op. cit.*, §5.

39. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.81. Sobre la posibilidad de concretar en uno solo de los establecimientos, REQUEJO ISIDRO, M., “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el reglamento (UE) 2016/679”, *La ley mercantil*, n.º 42, 2017.

79.2 RGPD no limita las acciones que se pueden plantear en este foro a las indemnizaciones resultantes de un tratamiento realizado por dicho establecimiento⁴⁰. Tampoco constituye establecimiento a efectos de la aplicación del art. 79 RGPD el lugar donde, en cumplimiento de la previsión del art. 27 RGPD, esté establecido el representante del responsable que carece de establecimiento en la UE pero que, conforme al art. 3.2 RGPD realiza una actividad dirigida a recabar datos de las personas que se encuentran en la UE⁴¹.

La alternativa al foro del establecimiento del responsable (o encargado) conforme al art. 79.2 RGPD es el foro de la residencia habitual del interesado⁴². A diferencia de aquél, para invocar este foro no es necesario que el establecimiento del responsable o encargado se ubique en el territorio de la UE, por lo que será posible recurrir a este tribunal incluso cuando el responsable esté en un tercer Estado. Se trata de una opción que favorece el acceso a los tribunales por el interesado, permitiéndole litigar ante los tribunales más cercanos, lo que puede ser especialmente relevante en aquellos casos en que el demandado sea un responsable fuera de la UE. Ciertamente la solución responde a las expectativas del interesado en supuestos del tipo de *Cambridge Analytica*, en general cuando el litigio enfrenta al interesado con grandes corporaciones. Pero esta solución puede resultar problemática en algunos casos en los que es un particular quien vulnera la protección de datos de otro particular⁴³. Mientras que una política de favorecimiento de las acciones de indemnización justifica el recurso al foro de la residencia habitual del interesado en la primera situación, la segunda puede ser más cuestionable desde el punto de vista del derecho del demandado⁴⁴. En este último caso, la solución se acerca a

40. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.85.

41. *Vid.* sin embargo, KOHLER, Ch., "Conflict of law issues in the 2016 data protection Regulation of the European Union", *RDIPP*, 2016, pp. 653-676, p. 668; WERKMEISTER, Ch., "Artikel 79", *op. cit.*, §17.

42. La conexión de la residencia habitual presenta las mismas dificultades de concreción que en otras materias, siendo precisa una interpretación a la luz del propio RGPD, que se ha defendido debe ser amplia, *vid.* VILLALBA CANO, L., "El derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento (Comentario al artículo 79 RGPD)", en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.); GONZÁLEZ RIVAS, J.J., (pr.) *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, vol. 2, 2021, pp. 3007-3018, p. 3017.

43. Como sucedía en la STJUE de 6 de noviembre de 2003, as. C-101/01, *Bodil Lindqvist* (ECLI:EU:C:2003:596), en el que una mujer había publicado en la web los datos de unos compañeros en la web de una parroquia sueca sin el consentimiento de éstos.

44. FRANZINA, P. "Jurisdiction Regarding Claims...", *op. cit.*, pp. 102-103; REVOLIDIS, I., "Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations...", *op. cit.*, p. 29.

un *fórum actoris*, suscitando críticas similares a la jurisprudencia del TJUE en interpretación del art. 7.2 RBI *bis* en materia de daños al honor⁴⁵.

Sin embargo, y en línea con lo que se ha sostenido respecto de esta decisión del TJUE, el art. 79.2 RGPD responde al principio de la vinculación del objeto del litigio (*i.e.* el perjuicio sufrido) con el tribunal que conoce de la demanda puesto que la valoración de la existencia de un perjuicio, su alcance y potencial indemnización está particularmente vinculada con el lugar donde el interesado lo sufre. Por otra parte, esta opción resulta coherente con la finalidad del art. 82 RGPD de favorecer el impulso de acciones de responsabilidad por parte de los afectados para así potenciar el cumplimiento con el RGPD, opción que explica que la conexión con el foro se articule en términos personales, *i.e.* la residencia del afectado, y pueda responder a una lógica diferente que otras reglas de competencia que atienden a fines distintos⁴⁶.

El art. 79.2 RGPD ofrece pues una doble alternativa al interesado que pretende ser indemnizado. Pero la letra del art. 82.6 RGPD plantea una ulterior duda en cuanto a las opciones jurisdiccionales de que dispone aquel. En efecto, conforme a este artículo, las acciones de indemnización “deberán” plantearse ante los tribunales del art. 79.2 RGPD. Ello podría suponer que limita la posibilidad de plantear la demanda de indemnización sólo ante estos tribunales. Sin embargo, la referida política de protección del interesado, facilitando su acceso a la jurisdicción, se vería coartada si, existiendo alternativas a estos foros, no pudiera utilizarlas. De hecho, como se verá inmediatamente, aunque con probable escasa relevancia práctica, las acciones cubiertas por el art. 79 RGPD podrían plantearse ante otros tribunales competentes en virtud de otras normas, como el RBI *bis*. Cuestión distinta se puede suscitar si el responsable o encargado pretendiera la exoneración de responsabilidad frente al interesado, pues en este supuesto, no cubierto por el art. 79.2 RGPD, habría que aplicar necesariamente las reglas del RBI *bis* y esto podría suponer “sacar” al interesado de los foros previstos en el art. 79.2 RGPD. En este caso debería considerarse la posibilidad de limitar el foro para el responsable⁴⁷. Pero

45. Sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos ac. C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH y otros c. X y Olivier Martínez y Robert Martínez c. Société MGN Limited*, (ECLI:EU:C:2011:685). Más recientemente, el TJUE parece revisar (limitando) en cierto modo el alcance del centro de intereses del afectado, *vid.* sentencia de 17 de junio de 2021, as. C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag KG c. SM* (ECLI:EU:C:2021:489).

46. *Vid.* en este sentido las consideraciones de FRANZINA, P., “Jurisdiction Regarding Claims...”, *op. cit.*, p. 105.

47. QUEIROLO, I., TUO, C.E., CELLE, P., CARPANETO, L., PESCE, F. y DOMINELLI, S., “Art. 67 Brussels I bis Regulation: An Overall Critical Analysis”, en TUO, C.E., CARPANETO, L. y DOMINELLI, S., (eds.), *Brussels I bis Regulation and Special Rules:*

cuando la iniciativa procesal corresponda al propio interesado no tendría mucho sentido que en materia de acciones de indemnización se limitara los foros disponibles al art. 79.2 RGPD mientras que se permitiera litigar todas las demás acciones ante otros tribunales. Estas reflexiones exigen abordar, pues, la relación entre el RGPD y el RBI *bis*.

2. LA CONCURRENCIA DE LOS FOROS DEL RGPD Y DEL RBI *BIS*

2.1. La relación entre las normas

El art. 79 RGPD ofrece unos foros específicos para acciones sobre protección de datos. En este sentido, constituye una regla especial frente a otras disposiciones de carácter general, *v. gr.* el RBI *bis*. Teniendo en cuenta la especialidad de la norma, así como su carácter posterior en el tiempo, es claro que, en caso de conflicto, las soluciones del RGPD deberán prevalecer⁴⁸. Sin embargo, las reglas de ambos textos no son incompatibles, lo que permite considerar si el RBI *bis* puede ser utilizado también en el marco de las acciones de protección de los interesados, en particular, respecto de la acción de indemnización, conforme al RGPD⁴⁹. Así se ha entendido el considerando 147 del RGPD conforme al cual “En los casos en que el presente Reglamento contiene normas específicas sobre competencia judicial, en particular por lo que respecta a las acciones que tratan de obtener satisfacción por la vía judicial, incluida la indemnización, contra un responsable o encargado del tratamiento, las normas generales de competencia judicial como las establecidas en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas”.

En otros términos, parecería que las reglas de competencia del RGPD no excluyen el juego de las reglas del RBI *bis*⁵⁰. Sin embargo, se ha sostenido que esta interpretación no es correcta, atendiendo fundamentalmente al

Opportunities to Enhance Judicial Cooperation, Aracne Editrice, 2021, p. 142, sostiene que podría considerarse en este caso la exclusividad del foro previsto en el RGPD.

48. Conforme al art. 67 RBI *bis*, el Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial en los actos de la Unión.

49. Aunque ésta sea la posición mayoritaria, *cfr.* COOPER, D. y KUNER, C., “Data Protection Law and International Dispute Resolution”, *Rec. des cours*, vol. 382, 2017, pp. 9-174, p. 113; más elaborada la posición de BRKAN, M., “Data protection and European private international law: observing a bull in a china shop”, *IDPL*, 2015, pp. 257-278, pp. 261-262.

50. FRANZINA, P., “Jurisdiction Regarding Claims...”, *op. cit.*, pp. 103-108; DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §§3.89 ss.

carácter “exclusivo” de las reglas del art. 79 RGPD (las acciones “deberán” presentarse). Frente al potencial beneficio que supondría para el interesado poder utilizar foros alternativos a los del art. 79.2 RGPD, se recuerda que es conveniente una interpretación menos generosa pues también es finalidad del RGPD ordenar y favorecer el mercado interior de datos personales, lo que quedaría dificultado si el responsable no tuviera la certidumbre de saber ante qué tribunales puede ser demandado⁵¹. Aunque en la negociación de estas reglas no queda clara cuál era la *mens legis* sobre este punto⁵², a pesar de estas críticas, se ha impuesto mayoritariamente la opinión de que ambas normas pueden concurrir, siempre y cuando dicha concurrencia no perjudique la aplicación del RGPD⁵³. Siendo esto es así, conviene analizar qué soluciones aporta el RBI *bis* en materia de litigios sobre protección de datos y, en particular, para una acción de indemnización.

2.2. Análisis de las reglas del RBI *bis*

Antes de abordar qué posibilidades ofrece el RBI *bis* para litigar una acción indemnizatoria por vulneración de los derechos protegidos por el RGPD, recordaremos que estas normas sólo podrán ser utilizadas cuando el RBI *bis* resulte aplicable, es decir, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro⁵⁴. En este sentido, el alcance del art. 79.2 RGPD es más amplio, puesto que no está limitado por la conexión “comunitaria” del responsable del tratamiento.

Tratándose de una acción en reclamación de indemnización por daños resultantes de una vulneración del RGPD, el interesado podrá demandar ante los tribunales del domicilio demandado (art. 4 RBI *bis*). El domicilio del demandado no identifica necesariamente el mismo lugar que el establecimiento al que hace referencia el art. 79.2 RGPD, por lo que puede resultar una alternativa a este último. El art. 8.1 RBI *bis* ofrece al demandante una opción adicional en la medida que permitiría atraer a los

51. REQUEJO ISIDRO, M., “Max Schrems against Facebook...”, *op. cit.*, pp. 15-16.

52. RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Parallel Litigation in Proceedings Relating to Data Protection”, *Liber Amicorum Monika Pauknerová*, Wolters Kluwer, Praga, 2021, pp. 395-403.

53. *Vid.* entre otros, MARONGIU BUONAIUTI, F., “La disciplina della giurisdizione...”, *op. cit.*, pp. 450-452; HESS, B., “Die EU-Datenschutzgrundverordnung...” *op. cit.*, p. 259; KÖHLER, Ch., “Conflict of law issues ...”, *op. cit.*, p. 672; DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §§3.89 ss.

54. Cuando el demandado tenga su domicilio fuera de la UE, también se podrían considerar los foros alternativos que pueda ofrecer la LOPJ, por remisión del art. 6.1 RBI *bis* (DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.90) pero que no analizaremos por la similitud de soluciones que presenta con el RBI *bis*.

codemandados (responsable y encargado) domiciliados en la UE ante los tribunales del domicilio de uno de ellos⁵⁵.

Alternativamente se podría recurrir al foro del lugar del daño (art. 7.2 RBI *bis*), aunque el foro extracontractual no parece aportar mucho al art. 79.2 RGPD⁵⁶. Es generalizada entre la doctrina la opinión de que la vulneración de datos personales puede equipararse a la de los derechos de la personalidad. Ello permitiría aplicar la doctrina *eDate* del TJUE también a estos supuestos, entendiendo que el interesado podría plantear demanda en el lugar de origen del daño (entendido probablemente como el Estado del establecimiento del responsable) o en el Estado de su residencia habitual⁵⁷. Sin embargo, es precisamente esta suma de criterios de conexión lo que sustenta las críticas al uso del art. 7.2 RBI *bis*. En efecto, la jurisprudencia del TJUE parece orientarse hacia una protección favorecida de la víctima, a pesar de que no es ésta la *ratio* de la norma sino localizar el tribunal más cercano al daño. Y ello podría perjudicar la seguridad jurídica del responsable o encargado, que no puede prever anticipadamente ante cuál de los foros podría ser atraído⁵⁸.

En el supuesto en que el interesado fuera una parte débil, como un consumidor o un trabajador, es preciso considerar la protección que le ofrecen las secciones correspondientes del RBI *bis*. En este sentido, para un consumidor protegido a los efectos de la sección 4.^a del capítulo II del RBI *bis* (porque el tratamiento de datos por cuya infracción se pretende resarcimiento resulta de un contrato con las características del art. 17 RBI *bis*) también sería posible invocar los foros de protección previstos en el art. 18 RBI *bis*, de manera que el interesado dispondría del foro de su domicilio frente al co-contratante responsable del tratamiento en alternativa al domicilio de este último. En la medida en que todos los litigios derivados de la celebración del contrato quedan sujetos a este foro, es posible sostener el planteamiento de la acción del art. 82 RGPD ante este tribunal⁵⁹.

55. LÜTTRINGHAUS, J.D., “Das internationale Datenprivatrecht...”, *op. cit.*, p. 69.

56. Sobre la relación entre los arts. 7.2 RBI *bis* y 79.2 RGPD, véase, PAREDES PÉREZ, J.I., “Acciones de representación transfronterizas resarcitorias y protección de los consumidores como titulares de datos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Un análisis en clave de competencia judicial internacional” en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 469-501, p. 485.

57. *Vid. supra* nota 44. Esta identificación no es absoluta, pues pueden existir supuestos, como indica el propio TJUE, en que el centro de intereses principales no se localice en la residencia habitual del interesado.

58. REVOLIDIS, I., “Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations...”, *op. cit.*, pp. 21-23.

59. PAREDES PÉREZ, J.I., “Contratos de suministro de contenidos de servicios digitales B2C: problemas de calificación y tribunales competentes”, *REEL*, núm. 41, junio 2021, pp. 1-39, p. 29.

De igual modo, el trabajador podría invocar las reglas de la sección 5.^a, pudiendo litigar ante el tribunal del lugar donde (o desde donde) desempeñe habitualmente su trabajo, o si no lo hace desde un lugar, donde esté el establecimiento que lo contrató, como alternativas a los tribunales del Estado del domicilio del empresario. Estos foros tampoco ofrecen una alternativa real al art. 79.2 RGPD, aunque es cierto que la conexión territorial puede ofrecerles más opciones (domicilio para los consumidores y lugar de trabajo para los trabajadores en el RBI *bis* frente a la residencia habitual en el RGPD).

Más discutido es el alcance que se puede otorgar a la autonomía de la voluntad en el marco de estas acciones de indemnización⁶⁰. Las anteriores opciones se presentan, en su caso, como alternativas a las soluciones del art. 79.2 RGPD. Pero cabe plantearse si una regla como la de la sumisión expresa, que excluiría la aplicación de este foro, es compatible con la finalidad del RGPD. En efecto, el art. 79.2 RGPD favorece el acceso a la jurisdicción del interesado, por lo que aplicar una solución que pudiera privarle de los foros que le proporciona este artículo no parece compatible con dicho objetivo. Por ello se ha sugerido la posibilidad de aceptar el juego del art. 25 RBI *bis* sólo cuando ofrezca una opción adicional al interesado, sin privarle del art. 79.2 RGPD⁶¹. Por lo que respecta a la sumisión tácita también existen discrepancias en la doctrina, entre quienes entienden que la finalidad que persigue el RGPD excluye la sumisión⁶², y aquellos que la aceptan en condiciones similares a las de la protección de una parte débil en el RBI *bis*, es decir, si el interesado es informado de que se está sometiendo a un tribunal no competente⁶³. A la luz de estas consideraciones puede concluirse que, tratándose de acciones de indemnización (al amparo del art. 82 RGPD), al menos teóricamente, el interesado que invoca la vulneración frente al responsable podrá recurrir al art. 25 RBI *bis*. La posibilidad de aplicar el art. 26 RBI *bis* para estas acciones queda sin embargo muy reducida en la medida en que el art. 82 RGPD sólo contempla la posición del interesado como demandante, de modo que sólo

60. Es claro que esta opción no resulta válida en el caso de los interesados-partes débiles de un contrato, salvo que concurren las circunstancias de los arts. 19 y 23 RBI *bis*, hipótesis que será difícil que se verifique en el marco de este tipo de contratos con cláusulas predisuestas.

61. FRANZINA, P. "Jurisdiction Regarding Claims...", *op. cit.*, pp. 107-108; REVOLIDIS, I., "Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations...", *op. cit.*, p. 24. QUEIROLO, I., TUO, C.E., CELLE, P., CARPANETO, L., PESCE, F. y DOMINELLI, S., "Art. 67 Brussels I bis Regulation...", p. 144-146. En la práctica, así se ha entendido en el asunto *Reliantco v. Ang* [2019] EWHC 879 (Comm) (para. 86).

62. FEILER, L., FORGÓ, M. y WEIGL, M., *The EU General Data Protection Regulation...*, *op. cit.*, p. 284.

63. LÜTTRINGHAUS, J.D., "Das internationale Datenprivatrecht...", *op. cit.*, p. 70.

cabe pensar en una sumisión tácita cuando el responsable iniciara una acción de exoneración de responsabilidad frente al interesado⁶⁴.

En conclusión, el solapamiento parcial de las soluciones del RBI *bis* con las previstas en el art. 79 RGPD reduce de manera considerable la utilidad del RBI *bis* en este tipo de acciones. Para aquellas situaciones en que el RBI *bis* sí ofrece una alternativa, sin embargo, sólo será aceptable si no priva al interesado indebidamente de un foro que le garantiza el RGPD (así, en el caso de la autonomía de la voluntad).

2.3. Acciones concurrentes y conexidad

La solicitud de una indemnización vinculada a la infracción de las reglas del RGPD puede plantearse en distintos contextos, bien a título principal, bien vinculada a otra acción de naturaleza contractual (si existía un contrato u obligación entre interesado y responsable del tratamiento) o incluso concurrente con otra acción de naturaleza extracontractual (así, cuando la vulneración del RGPD supone igualmente una afectación a los derechos a la intimidad y al honor, un acto de competencia desleal; o si se pretende el ejercicio de una acción de cesación de forma concurrente a la indemnizatoria⁶⁵). Estas situaciones exigen considerar en qué medida se pueden plantear ante el mismo tribunal o cómo deben coordinarse, de existir litigios paralelos.

A) *Invocación del resarcimiento del art. 82 RGPD como parte de un incumplimiento contractual*

Este podría ser el caso de un contrato celebrado en el marco de la Directiva (UE) 2019/770, en el que el interesado ha cedido datos como contraprestación a la obtención de servicios digitales, cuyo tratamiento no se ajusta a lo estipulado en el contrato, vulnerando de este modo el consentimiento otorgado conforme al RGPD. Si hubiéramos establecido un carácter exclusivo de los foros del art. 79.2 RGPD (*i.e.* excluyente de las reglas del RBI *bis*) habría que litigar separadamente ambas situaciones, pero si admitimos que el foro del art. 79.2 RGPD puede ser complementado por otras normas, entonces la acción de responsabilidad puede plantearse también conforme al RBI *bis*.

64. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.95.

65. Respecto de esta específica situación, en el marco de las acciones representativas, véase en este libro el trabajo de PAREDES PÉREZ, J.I., "Acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores y protección de datos personales: Un estudio desde la perspectiva de la competencia judicial internacional".

Dos escenarios son posibles en este caso. Por una parte, el interesado puede ser considerado como un consumidor protegido a los efectos del RBI *bis*. En este sentido, dado que la acción de indemnización resulta de un comportamiento enmarcado en el contrato celebrado por el interesado/consumidor con el responsable del tratamiento, es posible sostener que ambas acciones se puedan plantear ante el mismo tribunal conforme al art. 18 RBI *bis*⁶⁶. Situación distinta es la que se verifica cuando el interesado no pueda considerarse consumidor protegido a efectos del RBI *bis*, o se trate de supuestos en los que el interesado no tiene la categoría de consumidor, en cuyo caso, resultan aplicables los foros de los arts. 4 y 7 del citado reglamento. Parece evidente que, de tramitarse ambas acciones (incumplimiento contractual y vulneración de la protección de datos) conforme a las reglas del RBI *bis*, se produciría una situación de desdoblamiento de foros. En efecto, aunque la acción de indemnización del art. 82 RGPD pueda estar vinculada a un incumplimiento del responsable dentro del marco de sus obligaciones contractuales, la responsabilidad exigida resulta de una obligación legal impuesta por el propio RGPD, lo que implica necesariamente su calificación como extracontractual⁶⁷. En este caso, ambas pretensiones podrían concurrir si se demandara ante el tribunal del Estado del establecimiento/domicilio del responsable (*ex art. 4 RBI bis*) o si existiera una cláusula de elección de foro, siempre que la cláusula cubra también este tipo de litigios⁶⁸.

B) *Concurrencia de pretensiones de naturaleza extracontractual*

El art. 82 RGPD no agota todas las vías de responsabilidad previstas en el Reglamento cuya aplicación es posible en paralelo al citado art. 82 RGPD. Así el considerando 146 RGPD establece que el deber de indemnizar como consecuencia de un tratamiento en infracción del Reglamento “se entiende sin perjuicio de cualquier reclamación por daños y perjuicios derivada de la vulneración de otras normas del Derecho de la Unión o de

66. Sobre la dificultad para delimitar el alcance de la calificación contractual/extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE en relación con el RBI *bis* y su proyección al RGPD, véase PAREDES PÉREZ, J.I., “Contratos de suministro...”, *op. cit.*, pp. 33-38.

67. A pesar de que las acciones de indemnización puedan estar encuadradas en el marco de una relación contractual, resultan del incumplimiento de una obligación impuesta por el RGPD al responsable del tratamiento, lo que excluye su calificación contractual, sin perjuicio de que el incumplimiento del RGPD pueda constituir igualmente un incumplimiento de las obligaciones contractuales; en este sentido PAREDES PÉREZ, J.I., “Acciones de representación transfronterizas...”, *op. cit.*, pp. 487-492.

68. De nuevo, teniendo en cuenta que, tratándose de cláusulas predispuestas, su validez puede ser fácilmente cuestionada.

los Estados miembros". Esta situación podría producirse cuando la vulneración del RGPD supone igualmente una afectación a los derechos a la intimidad y al honor⁶⁹. En este caso la competencia judicial internacional de los tribunales españoles vendría determinada no por el RGPD sino por los arts. 4 o 7.2 RBI *bis*, bien por el art. 22 *quinquies* b) de la LOPJ (en función de que el demandado está domiciliado en un Estado miembro o no). En este mismo foro podría plantearse la acción de indemnización del art. 82 RGPD en los términos antes indicados. Para ambas acciones, y de conformidad con el art. 52.6 LEC, esta acción podría plantearse ante el tribunal del domicilio del demandante o, si no tuviere domicilio en España, el del lugar de producción del hecho que genera la vulneración del derecho fundamental.

Una situación diferente es la que resulta de la concurrencia de la acción de indemnización del art. 82 RGPD con otro tipo de pretensiones de naturaleza extracontractual que resultan de una vulneración de las reglas del RGPD pero que producen efectos más allá de los interesados, afectando, por ejemplo, al buen funcionamiento del mercado. Este podría ser el caso de una acción por una vulneración de las reglas del Derecho de la competencia o una actuación de competencia desleal resultante de un *data misuse* por parte de los competidores del mercado⁷⁰. A diferencia de los supuestos anteriores, en este caso los litigios no vinculan a las mismas partes, ya que, por una parte, está el daño que sufre el competidor del infractor, y por otra, el posible daño que sufre el titular de los datos. En este sentido, parece evidente que cada acción deberá litigarse de forma separada. Ahora bien, la estrecha relación que puede existir entre ambas disputas hace necesario considerar cómo solventar una posible conexidad de procedimientos.

C) *La conexidad de los procedimientos*

Las hipótesis planteadas en los párrafos anteriores ponen en evidencia la posibilidad de que se susciten litigios paralelos, del mismo modo que podría suceder si la acción de indemnización *ex art.* 82 RGPD se plantea en paralelo a otras acciones de naturaleza jurídico-privada o también

69. RUBÍ PUIG, A., "Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de Datos y otras acciones en Derecho español", *Derecho Privado y Constitución*, vol. 34, 2019, pp. 197-232, pp. 223-226.

70. Problema que ha ocupado a la doctrina alemana, *vid.* PIOVESANI, E., "Reg. (UE) n. 2016/679: rimedi di natura privatistica e competenza internazionale in ambiente online", *Diritto ed economia dell'impresa*, 2020, pp. 263-286.

jurídico-pública, por ejemplo, al procedimiento iniciado frente a la autoridad de control. En estas situaciones es necesario un mecanismo de coordinación de estos litigios. El art. 81 RGPD incorpora una regla relativa a la conexidad, pero estas situaciones podrían plantearse también en términos de litispendencia o acciones conexas de los arts. 29 y 30 RBI *bis*. Dado que la protección de datos, y en particular las acciones de indemnización, pueden entenderse incluidas dentro del ámbito de aplicación del RBI *bis*, no se ve objeción alguna a que estas reglas resulten aplicables pues el presupuesto de su aplicación es que existan dos procedimientos pendientes ante tribunales de Estados miembros distintos, sin que el criterio de asunción de competencia judicial sea relevante a estos efectos.

El punto de partida del art. 81 RGPD es algo distinto, pues parte de dos procedimientos dirigidos contra un mismo responsable como resultado de un mismo tratamiento de datos, sin que tampoco se haga depender esta norma de la asunción de competencia en virtud del RGPD. La interpretación del art. 81 no resulta fácil porque el considerando 147 parece limitar la aplicación de esta regla a los casos en que se trate de litigios resultantes de la decisión de una autoridad pública. Aunque existe un debate doctrinal acerca de la posibilidad de limitar el art. 81 RGPD en el sentido indicado por el considerando, parece posible también mantener su aplicación en los supuestos en los que no se litigue frente a la decisión de una autoridad pública. Probablemente lo más razonable sea considerar que el art. 81 RGPD debería resolver supuestos en los que concurren acciones de *public* y *private enforcement* respecto de un mismo tratamiento de datos⁷¹.

Quedan, sin embargo, situaciones de conexidad en litigios vinculados a la indemnización por vulneración de la protección de datos que no responden a este patrón. Así, por ejemplo, cuando un interesado demanda al encargado por el tratamiento que éste realiza de sus datos, al tiempo que el encargado demanda al responsable para exonerarse de su responsabilidad por dicho tratamiento; o el supuesto en que el titular consiente el tratamiento de sus datos por el responsable pero éste los transfiere a un tercero (*v. gr.* responsable de un listado de morosos) generando un daño reputacional⁷²; o el del trabajador que, despedido por su despido, roba y publica los datos de los clientes, y es demandado por el empleador, al que, a su vez, le exigen responsabilidad conforme al art. 82 RGPD los titulares de los datos⁷³. Mientras que la acción de indemnización estaría cubierta

71. RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Parallel litigation...", *op. cit.*

72. Sentencia de 1 de octubre de 2015, as. C-230/14, *Weltimmo s.r.o. contra Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság* (ECLI:EU:C:2015:639).

73. En un supuesto como *Morrison's, cit.*, *supra* nota 12.

por el art. 79.2 RGPD, la otra tendría que plantearse conforme a las reglas del RBI *bis*. En estos supuestos, probablemente resulte más razonable aplicar las normas de conexidad del art. 30 RBI *bis*⁷⁴.

3. ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN RESULTANTES DE TRANSFERENCIAS A TERCEROS ESTADOS

Para concluir el análisis de las reglas de CJI en materia de acciones de indemnización por daños resultantes de una vulneración de los derechos recogidos en el RGPD es preciso analizar el supuesto de las transferencias a terceros Estados, pues el alcance territorial de las reglas del RGPD no se limita a las transferencias dentro de la UE. En este caso, los datos del interesado (ubicado en la UE) serán recabados por un exportador (un responsable o un encargado situado dentro de la UE o fuera de ella, pero que está sujeto a las reglas del RGPD conforme al art. 3.2) que los transferirá a un importador o receptor de datos (ya sea otro responsable, encargado o sub-encargado) ubicado fuera de la Unión, donde no resulta aplicable el RGPD. Es precisamente esta última fase la que suscita la intervención extraterritorial de la normativa europea.

El RGPD distingue varias situaciones: transferencia que se realiza a un Estado cuyo nivel de protección (adecuación, en términos del RGPD) ha sido aceptado por la UE (art. 45); transferencia que se realiza a países sin nivel suficiente de protección pero con garantías adecuadas de la transferencia (en forma de cláusulas contractuales tipo, como las adoptadas por la propia UE o las autoridades de control, art. 46) o supuestos de normas corporativas vinculantes en el caso de transferencias entre empresas de grupos multinacionales (art. 47). Fuera de estos casos, el RGPD permite la transferencia internacional de datos cuando se haya recabado el consentimiento del interesado siempre que se haga en las estrictas condiciones que prevé el RGPD (art. 49)⁷⁵. Centraremos el análisis de las opciones jurisdiccionales del interesado que pretende obtener la indemnización en los dos primeros (y posiblemente más frecuentes) supuestos⁷⁶.

74. Cfr. MARONGIU BUONAIUTI, F., "La disciplina della giurisdizione...", *op. cit.*, pp. 459-462; QUEIROLO, I., TUO, C.E., CELLE, P., CARPANETO, L., PESCE, F. y DOMINELLI, S., "Art. 67 Brussels I bis Regulation...", *op. cit.*, p. 109.

75. Vid. CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la *Cloud Act*", *REDE*, n.º 70, 2019, pp. 40-107 y su contribución en este volumen, "Transferencia de datos personales fuera del EEE en el nuevo marco del Reglamento General: Especial referencia al caso estadounidense y el Reino Unido tras el Brexit".

76. Al menos, cuando las transferencias se realizan en el marco de la actividad económica. Sobre la complejidad de estas transferencias fuera de la UE (y su insuficiente

a) Acción de indemnización en el marco de una transferencia de datos personales autorizada a un Estado con nivel de protección adecuado (art. 45 RGPD). La autorización supone que desde la UE se ha verificado la existencia de mecanismos suficientes de tutela para los derechos de los interesados. Si la acción se plantea por el interesado frente al promotor de la transferencia (que tiene su establecimiento en la UE), el interesado podrá acudir al foro del art. 79.2 RGPD y plantear demanda bien en el Estado de dicho establecimiento, bien en el de su residencia habitual⁷⁷.

Si, por el contrario, la acción se dirige frente al importador (o receptor) de los datos, la posibilidad de litigar en el Estado del establecimiento del responsable dependerá de lo previsto en aquel Estado pero, tratándose de un transferencia autorizada, se debe presumir que dicho sistema jurídico ofrece mecanismos suficientes de tutela judicial para el interesado. Ello no excluye la aplicación de las normas de CJI de fuente interna (dado que el demandado estaría domiciliado fuera de la UE), lo que en el caso español supondría la aplicación del art. 22 *quinquies* LOPJ, identificando el lugar del daño como el de la residencia habitual del interesado⁷⁸.

Un elemento que puede distorsionar estas soluciones es el hecho de que promotor e importador de los datos hubieran negociado una cláusula de sumisión en el marco del contrato por el que se realiza la transferencia, lo que plantea el alcance de dicha cláusula frente a la reclamación del interesado. En principio la cláusula no podría ser utilizada en la medida en que éste no ha consentido a dicha elección. Más aún cuando el art. 79.2 RGPD (que pretende asegurar el acceso a la jurisdicción del interesado) sólo podría ser desplazado por otras reglas, como la elección de foro, cuando ello sea en beneficio del interesado (*supra* 2.2). Cuestión distinta es que la cláusula se estableciera como una cláusula a favor de tercero (el interesado) y ésta le permitiera acudir a un tribunal distinto a los previstos en el RGPD sin excluir la posibilidad de recurrir al art. 79.2 RGPD.

tutela) en el ámbito de las relaciones de familia, véase en este libro PARRA RODRÍGUEZ, C., "La protección de personas vulnerables en la transferencia internacional de datos a terceros Estados".

77. De este modo, el foro del art. 79.2 RGPD ofrece al interesado un cauce para identificar el foro competente de un modo más sencillo que en el anterior marco de protección de datos, con la Directiva 96/45/CE, y su correspondiente transposición nacional, que al carecer de una regla específica de competencia judicial internacional obligaba a una reconstrucción sistémica de estas soluciones. *Vid.* SANCHO VILLA, D., *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Civitas Thomson Reuters, 2010, pp. 224 ss.

78. En un contexto previo al RGPD, *vid.* HUET, J., "Les contrats encadrant les transferts des données personnelles", *Communication. Commerce électronique*, n.º 5, pp. 8-14, p. 13.

b) En el caso de las transferencias realizadas al amparo de cláusulas contractuales tipo (en adelante, CCT) conforme al art. 46 RGPD, resultan aplicables los recientes modelos aprobados por la UE, que distinguen en función del tipo de transferencia que se lleve a cabo, es decir, las que se producen entre responsables (módulo 1), entre responsable y encargado (módulo 2), entre encargados (módulo 3) y las que se hacen entre encargado y responsable (módulo 4)⁷⁹.

La cláusula 3 de la Decisión contempla la cláusula de terceros beneficiarios e incide en la necesidad de asegurar la indemnización de éstos (*i.e.* los interesados) sin perjuicio de la responsabilidad que el RGPD atribuye al exportador de datos (cláusula 12). A estos efectos resulta relevante la cláusula 18, que incorpora una obligación de las partes de someterse a los tribunales de un Estado miembro de la UE (apdo a), que pueden elegir (apdo b), sin que ello excluya la posibilidad de que el interesado pueda plantear la demanda en el Estado miembro de su residencia habitual tanto frente al exportador como al importador de datos personales (apdo c)⁸⁰. Ahora bien, la cláusula 3 (de terceros beneficiarios) aclara que los apartados a) y b) de los módulos 1 a 3 y la cláusula relativa al módulo 4 *no serán exigibles* frente al exportador y/o importador de datos.

De este modo, en materia de competencia judicial, se elimina el alcance del pacto de sumisión frente al tercero, asegurando que pueda acudir a los tribunales del Estado miembro de su residencia habitual para los supuestos de los módulos 1 a 3. La opción parece configurarse con carácter exclusivo (conforme al apartado d), lo que proporciona la solución más garantista para el interesado. Menos claro resulta qué sucede en el módulo 4, puesto que no se ofrece una solución específica para los interesados. Puede entenderse entonces aplicable el apartado b) de la cláusula 3, que remite a los derechos que el RGPD otorga a los interesados. En cualquier caso, el legislador europeo asegura por vía de contractualización el cumplimiento de los fines perseguidos por el RGPD⁸¹.

79. Decisión de ejecución (UE) 2021/924 de la Comisión, de 4 de junio, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 199/31, de 7 de junio de 2021).

80. El considerando 13 de la Decisión prevé además la posibilidad de que se inicien acciones colectivas de conformidad con el art. 80 RGPD contra el importador de datos.

81. Sobre la contractualización como mecanismo de tutela de los intereses europeos, MANTOVANI, M., "Contractual obligations as a tool for international transfers of personal data", *EAPIL Blog* de 20 de enero 2020 (<https://eapil.org/2020/01/20/contractual-obligations-as-a-tool-for-international-transfers-of-personal-data/>).

III. LEY APLICABLE

La regulación del derecho a una indemnización se refuerza y armoniza en el RGPD, abordando aspectos que bajo la DPD habían generado dudas, *v. gr.* el tipo de daños indemnizables (materiales o inmateriales), el sujeto responsable (responsable y/o encargado), o la presunción de culpabilidad del responsable (o encargado)⁸². Sin embargo, esta armonización no es completa y siguen existiendo cuestiones sujetas al Derecho de los Estados miembros, *v. gr.* los plazos de prescripción de la acción de indemnización, que pueden resultar relevantes cuando el supuesto presenta elementos transfronterizos. Con un ejemplo, si un responsable del tratamiento de datos tiene su establecimiento en Irlanda pero el titular de los datos ilícitamente tratados reside en otro Estado miembro (*v. gr.*, Alemania, Francia o Malta), el derecho a la indemnización viene determinado por el propio RGPD, ahora bien, conforme a las normas de estos Estados miembros la acción tendrá un plazo distinto para su ejercicio, se preverán sistemas de cálculo de la indemnización específicos, etc. Si el afectado por el tratamiento ilícito desea interponer una acción de indemnización por daños habría que establecer cuál de las normativas (irlandesa, alemana, francesa o maltesa) resulta aplicable.

Las situaciones que pueden dar lugar a una indemnización por vulneración de la protección de datos personales pueden ser muy variadas, dependiendo, entre otros elementos, de la previa relación entre el afectado y el responsable del tratamiento de los datos. Así, en un gran número de casos existirá una relación contractual entre ambos. Pero también es posible que no exista esta relación previa entre el afectado y el responsable del tratamiento, en particular con el uso de redes sociales, *v. gr.* cuando se publica una información que permite la identificación de datos personales de un tercero.

De igual modo es importante considerar la existencia de las cláusulas abiertas del RGPD, *i.e.* aquellas remisiones que el texto hace a la normativa de los Estados miembros para que concreten (así, en el art. 8 respecto de la edad para que un menor otorgue un consentimiento válido), especifiquen (en el art. 88 respecto del tratamiento de los datos de los trabajadores), modifiquen o limiten (en el art. 9 en materia de datos sensibles) las reglas del RGPD. Estas soluciones quedan “incorporadas” en el Reglamento, de manera que, al referir el art. 82 RGPD el ámbito de la acción de indemnización a las “infracciones del presente Reglamento”, quedarán cubiertas por esta norma las remisiones (cláusulas abiertas) a la normativa estatal⁸³.

82. Con más detalle, TRULI, E., “The General Data Protection Regulation and Civil Liability”, *op. cit.*

83. RUBÍ PUIG, A., “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales (El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD)”, *RDC*, 2018, pp. 53-87, p. 58.

En estos supuestos puede ser especialmente relevante determinar cuál es la ley aplicable dentro de la UE, dado el margen de maniobra que tienen los Estados miembros.

A diferencia de lo que ocurre con las soluciones de CJI, en materia de ley aplicable no es posible identificar una norma de conflicto en el RGPD, ni con carácter general ni de manera específica para la acción de indemnización. La cuestión que sigue es si dicha norma no está de manera implícita. Podría interpretarse que así es cuando el art. 82.6 RGPD remite a la ley del Estado cuyos tribunales sean competentes conforme al art. 79.2 RGPD. Ahora bien, esta primera respuesta encuentra inmediatamente dificultades de interpretación pues no resulta claro si este precepto hace una alusión a la ley material en protección de datos de ese Estado miembro o, por el contrario, se remite al ordenamiento, incluidas sus normas de conflicto si el supuesto presenta un elemento transfronterizo (*infra* 1). Pero podría interpretarse también que el art. 82.6 RGPD no se refiere a la ley que regula cuestiones de fondo, en cuyo caso, sería necesario identificar una solución para la ley aplicable. Es más, incluso si se pudiera concluir que el RGPD incluye dicha solución, de carácter implícito más que directo, conviene reflexionar sobre la posibilidad de que la respuesta esté en otro lugar. En otros términos, hay que plantearse la eventualidad de si existe una regla de conflicto de leyes (implícita) de carácter general en el RGPD que permita resolver esta cuestión –y todas aquellas otras– para las que el propio RGPD hace una remisión a la normativa de los Estados miembros (*infra* 2). Una vez resueltas estas preguntas, las últimas reflexiones exigen considerar, en paralelo a lo analizado en sede de competencia judicial internacional, si habría alguna especificidad en los supuestos en que la indemnización resultara de una transferencia transfronteriza a un tercer Estado (*infra* 3).

1. EL ARTÍCULO 82.6 RGPD COMO NORMA DE REMISIÓN

La primera posible respuesta a la identificación de la ley aplicable podría resultar de entender el art. 82.6 RGPD como una norma de remisión, bien de carácter material (1.1) bien de carácter conflictual (1.2).

1.1. Remisión material

La solución más sencilla para identificar la ley aplicable resultaría de entender que el art. 82.6 RGPD proporciona una solución material, de manera que corresponderá a las normas del foro fijar las condiciones para

interponer la acción de indemnización. En este sentido, se puede entender que el art. 82.6 RGPD remite directamente a la *lex fori*. Esta interpretación estaría en línea con la que se seguía en el marco de la DPD y que puede justificarse en el marco del RGPD para los supuestos de “ventanilla única”. De este modo, para completar las disposiciones del RGPD, cada Estado miembro aplicaría su normativa interna, bien en materia de protección de datos (la LOPDGDD en España), bien la que resulte aplicable en defecto de ésta (en España, y en ausencia de normas específicas en la LOPDGDD, por ejemplo, respecto de los plazos de la acción de indemnización, el CC)⁸⁴. Ello permite la identificación *forum-ius*, lo que facilita la actividad del operador jurídico, y es relativamente razonable para el responsable del tratamiento, ya que puede incorporar como parte de su cálculo de responsabilidad el conocimiento de los ordenamientos cuyos tribunales pueden resultar competentes. Ahora bien, esta última consideración puede resultar costosa pues, si la actividad del responsable se dirige a todos los Estados miembros de la UE, debería asumir la posible aplicación de las normas que completan el RGPD de todos esos Estados.

Esta lectura plantea, además, varias dificultades interpretativas. La primera de ellas tiene que ver con el criterio de asunción de competencia judicial internacional. Si esta interpretación es correcta, esa norma debería servir también para identificar la norma aplicable cuando el tribunal de un Estado miembro no asume la competencia judicial en virtud del art. 79.2 RGPD sino conforme al RBI *bis* (como podría ser en caso de vulneración de la protección de datos de un trabajador por parte del empresario, responsable del tratamiento de esos datos). Esto incorpora un abanico adicional de normas que podrían resultar aplicables y que el responsable no puede identificar con anterioridad (ya que no sabe si será demandado en el Estado de su establecimiento, en el de la residencia habitual del interesado, o en el del lugar de trabajo habitual de aquél). Desde el punto de vista de la previsibilidad de las normas no parece una solución razonable.

Un segundo inconveniente de esta solución es que, aunque encaja bien con una visión del RGPD como norma material de Derecho internacional cuya aplicación quedaría siempre garantizada⁸⁵, estamos ante un

84. Dado el carácter plurilegislativo del ordenamiento, la aplicación del CC puede no resultar tan obvia; en este sentido, RUBÍ PUIG, A., (2019) “Problemas de coordinación y compatibilidad...”, *op. cit.*, p. 225. *Vid.* también REQUEJO ISIDRO, M., “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas...”, *op. cit.*, sobre los problemas que suscita la proyección de las soluciones de la LO 1/1982 a estos supuestos.

85. RIGAUX, F., “Le régime des données informatisées en droit international privé”, *JDI*, 1986, pp. 311-328, p. 313 las identifica como normas de Derecho internacional privado material.

supuesto en el que, precisamente, el propio RGPD ha decidido no regular. Es decir, que el RGPD puede resultar aplicable al tratarse de una norma material de DIPr, pero ello no implica otorgar esa misma naturaleza a normas nacionales que desarrollan o completan el RGPD allí donde el RGPD no quiere entrar⁸⁶.

Una tercera dificultad interpretativa resulta de las propias normas sustantivas llamadas a ser aplicadas: las normas estatales sobre protección de datos elaboradas (o revisadas) tras la adopción del RGPD adoptan distintos enfoques en lo relativo a su ámbito de aplicación territorial. Algunas de estas reglas eluden cualquier referencia a su aplicación territorial, mientras que una gran mayoría replica los criterios del art. 3 RGPD, localizando el punto de conexión en su territorio. Otros Estados miembros escogen una conexión personal (ya la residencia ya la nacionalidad) de la persona afectada⁸⁷. No es descartable que, con una delimitación unilateral de las normas nacionales, la remisión del RGPD a la normativa de los Estados choque con la voluntad del legislador nacional de no resultar aplicada en esa situación⁸⁸. Dado que esta aproximación material no aporta una solución convincente, conviene considerar una segunda opción, de naturaleza conflictual.

1.2. Remisión conflictual

Alternativamente, puede entenderse que el art. 82.6 RGPD realiza una remisión a las normas de conflicto aplicables con carácter general

86. Como explicaba BATIFFOL, H., "Pluralisme de méthodes en Droit international privé", *Rec. des cours*, 1973, vol. 139, pp. 118-121, en aquellos aspectos que no están regulados por una norma material de DIPr, es necesario recurrir al sistema conflictual para completar la respuesta.

87. MANTOVANI, M., "Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle: quelles implications pour le droit international privé?", *RDIA*, 2019, pp. 63-116, pp. 102-106.

88. Así ocurriría respecto de la ley belga, que excluye su aplicación cuando se trate de tratamientos realizados por un encargado belga si el responsable está establecido en otro Estado miembro. Si el interesado acudiera ante los tribunales belgas como los de su residencia habitual para exigir la indemnización frente al encargado en Bélgica, la ley belga no resultaría aplicable. (*Loi du 30.07.2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *supra* nota 18).

Article 4 § 1er. La présente loi s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire belge, que le traitement ait lieu ou non sur le territoire belge. [...]

3. "par dérogation au paragraphe 1er, lorsque le responsable du traitement est établi dans un État membre de l'Union européenne et fait appel à un sous-traitant établi sur le territoire belge, le droit de l'État membre en question s'applique au sous-traitant pour autant que le traitement a lieu sur le territoire de cet État membre").

por los Estados miembros de la UE. Esta solución encaja de manera razonable con una interpretación de las normas del RGPD como normas materiales de aplicación internacional, que no excluyen el juego de la norma de conflicto aplicable al caso. En lo regulado por el RGPD (*v. gr.* existencia de la acción de indemnización, tipos de daños cubiertos, etc.) éste se aplica directamente. Para el resto de cuestiones vinculadas con la acción pero que no están resueltas en el RGPD (por ejemplo, los plazos de prescripción), se aplicaría el Derecho de la relación cuya infracción genera el derecho a la indemnización (*i.e.* la ley aplicable al contrato o a la obligación extracontractual). Es decir, el tribunal competente tendría que aplicar sus normas de conflicto para establecer la indemnización correspondiente, que en el ámbito europeo son el Reglamento 593/2008, Roma I (RRI) para las obligaciones contractuales y el Reglamento 846/2007, Roma II (RRII) para las extracontractuales⁸⁹.

Esta solución también resulta problemática. En primer lugar, por las evidentes dificultades de calificación derivadas de la distinta naturaleza de las relaciones que sustentan la acción de indemnización. En ocasiones la naturaleza contractual de la relación que vincula a afectado y responsable del tratamiento ilícito es clara (así en el caso del trabajador cuyos datos no son protegidos debidamente por el empresario y resultan hackeados⁹⁰ o cuando el operador o plataforma social recoge datos sin consentimiento del usuario⁹¹), de la misma manera que en otras, el carácter extracontractual también es evidente (así, cuando se publica información sobre una persona en una red social que permite identificarlo con ciertas características)⁹². Sin embargo, existen situaciones cuya calificación resulta más problemática, por ejemplo, cuando se da autorización para que el responsable trate los datos como parte necesaria para la ejecución del contrato, *v. gr.* para la concesión de una hipoteca, pero luego el responsable cede esos datos a un tercero sin el consentimiento del interesado (por ejemplo para su inclusión en una lista de morosos con vistas a obtener el cobro

89. Así, LÜTTRINGHAUS, J.D., “Das internationale Datenprivatrecht...”, *op. cit.*, 73, 75ss considera que el RGPD sería una *lex specialis* que, en lo no contemplado por el RGPD, queda completada por la *lex generalis*, o sea, el RRI o el RRII.

90. Véase el asunto *Morrison*, *supra* nota 12.

91. Véase el asunto *Cambridge Analytica*, *supra* nota 8.

92. Véase el citado asunto C-101/01 *Lindqvist* (*cit. supra* nota 43) o el asunto *CG v. Facebook*, [2016] NICA 54, caso en que un usuario de Facebook había publicado datos que permitían identificar a un presunto pederasta (aunque en este supuesto la acción se planteó respecto del alcance de la exención de responsabilidad de Facebook conforme a la directiva de comercio electrónico. *Vid.* WOODS, L., “CG v. Facebook: The Interconnection between E-Commerce and Data Protection”, *EDPL*, 2017, vol. 3(1), pp. 106-110).

de impagos⁹³) o si el consentimiento dado no es válido, en cuyo caso no puede sustentar una relación contractual.

En segundo lugar, incluso si pudiera calificarse sin problemas la acción, es dudoso que las normas entonces aplicables sean las adecuadas para identificar la ley aplicable a la acción de indemnización *ex art.* 82.6 RGPD. Cuando el derecho a la indemnización se invoca a resultas de la vulneración de las obligaciones asumidas por el responsable (o encargado) respecto del afectado en el marco de un contrato, los aspectos contractuales de la relación quedan sujetos al RRI. Pero, para cierta doctrina, las normas de conflicto del RRI no pueden proporcionar una solución adecuada a la identificación de la ley aplicable por defecto en el marco del RGPD. Ello bien por la propia naturaleza de la protección de datos (que satisface otros intereses distintos que los meramente particulares, que son los que quedarían cubiertos por un marco contractual)⁹⁴, bien por la autonomía de la relación subyacente con la de tratamiento⁹⁵, o por la distinta premisa de aplicación que subyace a estas normas⁹⁶. Esta falta de adecuación lleva a sugerir que las normas del RGPD deberían aplicarse en calidad de normas imperativas internacionales (*i.e.* art. 9 RRI)⁹⁷. Pero conviene recordar que estamos hablando de situaciones en las que no es el mismo RGPD el que se aplica, sino las normas nacionales (que no necesariamente tendrán este carácter). Más aún, tampoco parece razonable utilizar el mecanismo de las normas imperativas para resolver la concurrencia de varias normas de los Estados miembros⁹⁸.

En el caso de que se optara por una calificación extracontractual de la indemnización⁹⁹, tampoco se alcanza una solución convincente ya que las acciones de indemnización quedarían sujetas al RRII pero

93. Asunto C-230/14 *Weltimmo*, *supra* nota 72.

94. GLÄSSER, I., "Anwendbares Recht auf Plattformverträge – Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook", *MMR*, 2015, 699-704, p. 703.

95. SANCHO VILLA, D., *Negocios...*, *op. cit.*, pp. 74-90 concluye en este sentido en el marco de la DPD.

96. Así, MANTOVANI, M., "Horizontal conflicts of Member States' GDPR-Complementing laws: the quest for a viable conflict-of-laws solution", *RDIPP*, 2019, pp. 535-562, p. 541, contrasta el carácter universal del RRI (que se fundamenta en la igualdad de los ordenamientos potencialmente aplicables) frente al binomio Derecho europeo-Derecho no europeo sobre el que se construye la aplicación del RGPD.

97. *Vid.* por ejemplo, SANCHO VILLA, D., *Negocios...*, *op. cit.*, p. 90. Sobre la naturaleza imperativa del RGPD, KOHLER, Ch., "Conflict of law issues ...", *op. cit.*, p. 661; *cfr.* LIMA PINHEIRO, L., "Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues", *AEDIPr*, vol.18, 2018, pp. 161-192, p. 183.

98. MANTOVANI, M., "Horizontal conflicts...", *op. cit.*, p. 540.

99. *Vid. supra* nota 67.

éste excluye de su ámbito de aplicación los daños vinculados a la vulneración de derechos de la personalidad e intimidad, a los que se suele asociar la protección de datos¹⁰⁰. A pesar del debate, al menos a efectos de establecer la ley aplicable, parece imponerse una identificación de la protección de los datos personales con el derecho a la intimidad¹⁰¹, por lo que no resultando aplicable el RRII, habría que recurrir a las normas generales sobre responsabilidad extracontractual de cada ordenamiento (en el caso español, el art. 10.9 Cc)¹⁰². Esta posición, sin embargo, genera reticencias ya que la remisión a los sistemas nacionales no asegura la uniformidad de soluciones que sería deseable dentro de la UE¹⁰³. Es más, en el ordenamiento español, plantea problemas cómo interpretar la conexión que utiliza esta norma de conflicto, *i.e.* lugar del daño, puesto que podría referirse tanto al lugar de generación del daño como al de manifestación. Y si bien el origen puede localizarse en el lugar del establecimiento del responsable del tratamiento (o donde se produce dicho tratamiento o se toma la decisión del tratamiento), la manifestación del daño no necesariamente se identifica con un lugar concreto, por más que se tienda a circunscribir éste al de la residencia habitual del afectado¹⁰⁴.

-
100. BRKAN, M., "Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship", *EDPL*, 2016-3, pp. 324-341, p. 331; SANCHO VILLA, D., *Negocios...*, *op. cit.*, pp. 95-98.
101. *Vid.* KOHLER, Ch., "Conflict of law issues ...", *op. cit.*, pp. 673-674; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *REDI*, vol. 69(1) 2017, pp. 75-108, para. 54; REQUEJO ISIDRO, M., "La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas...", *op. cit.*; BRKAN, M., "Data protection and conflict of laws...", *op. cit.*, p. 332.
102. BRKAN, M., "Data protection and conflict of laws...", *op. cit.*, p. 337; KOHLER, Ch., "Conflict of law issues...", *op. cit.*, pp. 673-674. En Derecho portugués, LIMA PINHEIRO, L., "Law Applicable to Personal Data Protection...", *op. cit.*, p. 185, también sostiene la aplicación de la norma de conflicto de daños portuguesa; en Derecho alemán, LÜTTRINGHAUS, J.D., "Das internationale Datenprivatrecht...", *op. cit.*, pp. 76-77; en Italia, PIOVESANI, E., "Reg. (UE) 2016/679...", *op. cit.*, p. 268.
103. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, 3.134ss.
104. SANCHO VILLA, D., *Negocios...*, *op. cit.*, pp. 99-105; ORTEGA GIMÉNEZ, A., "Tratamiento ilícito internacional de datos personales, reglamento general de protección de datos y derecho internacional privado: cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable", en *Era digital, sociedad y Derecho*, FUENTES SORIANO, O. (Dir.); ARRABAL PLATERO, P., DÓIG DÍAZ, Y., ORTEGA GIMÉNEZ, A. y TURÉGANO MANSILLA, I., (coords.), Tirant lo Blanc, 2020, pp. 521-544, pp. 537-539, realiza una interpretación crítica del art. 10.9 CC favoreciendo una revisión que incorpore el *favor laesi*; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Competencia y Derecho aplicable...", *op. cit.*, p. 106 interpreta esta solución a la luz del asunto *eDate*, entendiendo que la conexión debe fijarse en la residencia habitual (o centro de intereses principales) de la víctima.

En resumen, aunque la remisión conflictual resulta compatible con las técnicas más clásicas del DIPr y la articulación de distintas normas para la resolución de situaciones con elemento internacional, de las consideraciones anteriores se puede concluir que las normas de conflicto existentes no responden a las necesidades ni a la finalidad de la protección de datos en un sistema armonizado como el de la UE, en particular cuando uno de los fines perseguidos es la protección de un derecho fundamental¹⁰⁵.

2. ¿ES POSIBLE PLANTEAR UNA NORMA DE CONFLICTO SOBRE LEY APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE DATOS?

Los argumentos expuestos en páginas anteriores permiten establecer una serie de premisas para abordar la cuestión de la ley aplicable en materia de indemnización por daños derivados de la infracción del RGPD. La primera es que las normas de conflicto generales (tanto en materia contractual como extracontractual) no ofrecen una solución adaptada a las especificidades de la protección de datos personales. La segunda es la doble finalidad del RGPD, que encuentra reflejo en el art. 82 RGPD: la protección de un derecho de los interesados y del buen funcionamiento del mercado interior en materia de transmisión de datos personales. Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta a la hora de identificar una solución conflictual. En este sentido, si el RGPD establece una armonización del derecho a la indemnización parece razonable que sea predecible identificar de manera uniforme en la UE cuál es la ley aplicable para complementar el RGPD cuando éste no proporcione la solución concreta (así, por ejemplo, para establecer el plazo de prescripción de la acción). Esta misma lógica es la que se ha seguido en el ámbito del Derecho de la competencia, cuando se ha favorecido el ejercicio de las acciones de resarcimiento de daños como mecanismo de refuerzo de la tutela privada, mediante reglas de conflicto uniformes.

Conviene pues, identificar qué propuestas se han hecho en este sentido, partiendo de las que se realizaron con anterioridad al RGPD (*infra* 2.1) y siguiendo por las más específicas que buscan la solución a la ley aplicable en el propio RGPD (*infra* 2.2). Entonces estaremos en condiciones de defender cuál debe ser la norma de conflicto en materia de protección de datos personales (*infra* 2.3) para valorar su alcance respecto de la ley aplicable a las acciones de indemnización del art. 82 RGPD (*infra* 2.4).

105. Sobre la falta de adecuación de las soluciones conflictuales tradicionales para resolver cuestiones de protección de datos, en particular por su vinculación con los derechos fundamentales, SANCHO VILLA, D., *Negocios...*, *op. cit.*, pp. 113.

2.1. Norma de conflicto específica para la protección de datos personales

Dada la especificidad de la protección que suscitan los datos personales, desde hace años se viene abordando la conveniencia de que exista una norma de conflicto específica para esta materia. La propia complejidad de la protección de datos explica igualmente las dificultades para articular una respuesta adecuada¹⁰⁶.

Siguiendo un criterio cronológico, comenzaremos con la propuesta de Rigaux, en 1980, de aplicar la ley de la residencia habitual del interesado¹⁰⁷. Esta solución permite al interesado ampararse en un ordenamiento que puede conocer (frente al del establecimiento del responsable, que no es necesariamente fácil de identificar en supuestos transfronterizos para un actor no cualificado como es el titular de los datos). Para corregir el posible desequilibrio en las expectativas que esta solución puede tener para el responsable, se ha sugerido aplicar la ley de la residencia habitual siempre y cuando éste pudiera esperar razonablemente que dicho tratamiento podría tener un impacto en el interesado¹⁰⁸. Este mismo tipo de consideraciones son las que subyacen a la regla del art. 139 de la LDIP suiza, que propone la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona cuyo derecho se ha visto vulnerado si para el causante del daño era previsible la aplicación de esa ley, o alternatively, la ley del Estado de la residencia habitual/establecimiento del causante, o la ley del lugar donde se produce el daño si era previsible para el causante¹⁰⁹.

Más recientemente, en 2009, durante la elaboración de la “Resolución de Madrid” sobre estándares de protección en materia de privacidad¹¹⁰, se propuso una regla sobre ley aplicable (vinculada a la competencia judicial internacional) que luego fue descartada. Conforme a esta propuesta resultaría aplicable la ley del Estado en cuyo territorio tiene su establecimiento el responsable, en el marco de cuyas actividades se produce el

106. COOPER, D. y KUNER, C., “Data Protection Law...”, *op. cit.*, p. 116 recogen estas dificultades.

107. RIGAUX, F., “La loi applicable à la protection des individus à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel”, *RCDIP*, 1980, vol. 69, pp. 443-478.

108. BYGRAVE, L., “Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation”, *Computer Law & Security Report*, vol. 16(4), 2000, pp. 252-257, p. 256.

109. Esta regla, inicialmente introducida para regular los supuestos de daños a los derechos de la personalidad, se extendió en 1992 a las vulneraciones de la personalidad resultantes del tratamiento de datos personales así como a las limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a los datos personales.

110. Elaborada por cincuenta autoridades de control en el marco de la 31.ª Conferencia sobre protección de datos y privacidad (<http://www.privacyconference2009.org>).

tratamiento; si el establecimiento no está en un Estado pero dirige su actividad específicamente a dicho territorio y es en el marco de dicha actividad en que se produce el tratamiento, entonces resultaría aplicable la ley de ese Estado¹¹¹. En 2018, en el seno de la ILA, durante la elaboración de unas reglas para la protección del derecho a la privacidad en DIPr, se adelantó una propuesta de normas de conflicto también vinculadas al criterio de competencia judicial aplicado: si se asume la CJI en el domicilio del demandado la solución es la clásica en materia de daños, *i. e.* la ley del lugar donde se produce el hecho que causa directamente el daño, salvo que el afectado invoque la ley del estado donde se encuentra su centro principal de intereses si el acto en cuestión iba dirigido a dicho Estado. Por el contrario, si la CJI se asume en virtud de un foro “especial” (*v. gr.* el lugar del daño o del centro de intereses del afectado, si es previsible para el demandado que ese es el lugar del impacto), entonces se aplicará la *lex fori*. Adicionalmente se contempla el juego de la autonomía de la voluntad, la ley de la residencia habitual común de causante y afectado y una cláusula de escape a favor de un ordenamiento más vinculado, en particular cuando el supuesto se refiere a partes entre las que ya existía una relación previa¹¹². Esta propuesta sigue de cerca el esquema del Reglamento Roma II pero sus soluciones conducen esencialmente a la ley del Estado del centro de intereses del titular de los datos.

De lo referido pueden extraerse algunos elementos claros, como el consenso en la vinculación de las soluciones de privacidad y protección de datos, con soluciones que atiendan a la posición del afectado, así como la conveniencia de valorar también la previsibilidad para el causante de la vulneración, bien porque se “dirige” al Estado del afectado, bien porque fuera previsible que se aplicara esa ley.

111. Referencia tomada de COOPER, D. y KUNER, C., “Data Protection Law...”, *op. cit.*, p. 115:

“25. *Applicable Law and Jurisdiction*

1. The processing of personal data will be governed by the applicable law and the competent tribunal of the State in which territory the responsible person has an establishment, within the framework of whose activities the processing is carried out.

2. In those cases where the responsible person has no establishment in a State but addresses its activity specifically to its territory, processing of personal data carried out under such activity will be governed by the applicable law and the competent tribunal of that State”.

112. Texto disponible en <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>. Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad *vid.* ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la unión europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: ¿unificación de la norma de conflicto vs. armonización a través de unos principios comunes?”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, 2015.

2.2. La existencia de una norma de conflicto implícita en el RGPD

A diferencia de lo que sucedía en el marco de la DPD, donde la propia Directiva cumplía con la función de proporcionar una norma de conflicto, excluyendo la necesidad de recurrir a otras disposiciones de DIPr¹¹³, no hay una disposición general para establecer la ley aplicable en el marco del RGPD. El art. 3 RGPD cumple la función de delimitar el ámbito de aplicación territorial de sus reglas, de manera que permite identificar cuándo resulta aplicable, sin aclarar qué sucede cuando no lo es. En este sentido, puede afirmarse la naturaleza unilateral de la norma del art. 3 RGPD¹¹⁴. Esta solución responde a la naturaleza esencialmente jurídico-pública de sus normas. Pero ello plantea, además del problema de cómo identificar la ley aplicable en los supuestos no sujetos al RGPD, una dificultad adicional cuando se trata de resolver conflictos *intra-UE* en materias que sólo están parcialmente armonizadas por el RGPD (como sucede con la indemnización por daños del art. 82) o cuando se trata de cuestiones reguladas por las cláusulas abiertas¹¹⁵. Idénticas dificultades se suscitan cuando el cumplimiento del RGPD se plantea en el marco de una relación jurídico-privada transfronteriza. Tal vez por ello, buena parte de quienes han abordado el problema de la identificación de la ley aplicable en materia de protección de datos coincidan en señalar que la respuesta debe encontrarse en el mismo RGPD, aunque con distintos enfoques.

A) *La ley del Estado del establecimiento (principal) del responsable*

El problema de la delimitación de la ley aplicable se ha suscitado con carácter general (es decir, no limitado a supuestos jurídico-privados) en el marco del RGPD. El hecho de que no exista una norma de conflicto expresa en el RGPD no implica que no se hagan referencias puntuales a la ley aplicable. Por ejemplo, los arts. 6.3, 14.5(c), 17.1(e) o 22.2(b) se refieren al Derecho que se aplique al responsable del tratamiento, sin que

113. Article 29 Working Party, "Working Document on Determining the Application of EU Data Protection Law to Personal Data Processing on the Internet by Non-EU Based Websites", para. 6. En general, sobre las dificultades de identificar una norma de conflicto para esta materia, COOPER, D. y KUNER, C., "Data Protection Law...", *op. cit.*, pp. 114-115.

114. THON, M., "Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO", vol. 84, 2020, *RabelsZ*, pp. 24-61, p. 38; Lüttringhaus, J.D., "Das internationale Datenprivatrecht...", *op. cit.*, p. 60.

115. *Vid.* por ejemplo, GÖMANN, M., *Das öffentlich-rechtliche Binnenskollisionsrecht der DS-GVO*, Mohr Siebeck, 2021.

quede especificado cuál sea este Derecho¹¹⁶. Éste bien podría concretarse en la ley del Estado miembro donde esté establecido el responsable o el encargado (tal y como se hacía en el marco de la DPD)¹¹⁷, pero no parece en ningún caso que sea la opción diseñada como “norma de conflicto” del RGPD.

Con todo, algunas propuestas se articulan en torno a la ley del Estado del establecimiento principal del responsable, si bien con distintas fundamentaciones. Así, se considera que la solución que debe privilegiarse es la de vincular la norma de conflicto con la regla de la “ventanilla única” del RGPD, recurriendo de este modo al establecimiento principal del responsable (en un Estado de la UE) como punto de conexión, salvo que dicha solución frustre los derechos de los interesados, en cuyo caso sería necesario articular una solución alternativa, cuya identificación no se precisa. Esta propuesta podría resultar refrendada por la jurisprudencia del TJUE o por la intervención del Comité europeo de protección de datos¹¹⁸. En una línea similar, otros autores utilizan la analogía con las soluciones de los arts. 56 y 65 RGPD para sostener la aplicación de la ley del establecimiento principal del responsable¹¹⁹.

B) *El art. 3 RGPD como norma de conflicto general*

Con todo, son numerosas las propuestas que consideran que el art. 3 RGPD puede servir como pauta para identificar la norma de conflicto que complementa al RGPD en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas en materia de protección de datos. En este sentido, la respuesta del sistema pasaría por la bilateralización del art. 3 RGPD¹²⁰. Quienes optan por esta construcción tienden a considerar que la aplicación de la ley del establecimiento del responsable es una conexión preferente, en tanto más ajustada a los fundamentos del mercado interior, si bien sostienen la aplicación de la ley del Estado miembro en que se encuentre el interesado cuando se

116. La única excepción puede encontrarse en el art. 85.2 (en relación con el cdo. 153), que parece imponer la ley del Estado del establecimiento del responsable.

117. THON, M., “Transnationaler Datenschutz...”, *op. cit.*, p. 44.

118. CHEN, J., “How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation”, *IDPL*, 2016, vol. 6(4), pp. 310-323, p. 323; HÖRNLE, J., “Juggling more than three balls at once: multilevel jurisdictional challenges in EU Data Protection Regulation”, *IJLT*, 2019, vol. 27, pp. 142-170.

119. FEILER, L., FORGÓ, M. y WEIGL, M., *The EU General Data Protection Regulation...*, *op. cit.*, p. 317.

120. Crítica con la bilateralización, ANCEL, M.E., “D’une diversité à l’autre. A propòs de la ‘marge de manœuvre’ laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l’Union Européenne”, *RCDIP*, 2019, pp. 647-664, p. 660.

trata de materias especialmente sensibles o cuando la primera remita a un ordenamiento fuera de la UE¹²¹.

En esta misma línea se ha argumentado que, para la consecución de los fines perseguidos por el RGPD, en particular cuando se trata de situaciones en las que se persigue una política específica de protección que queda remitida a las soluciones nacionales por el propio RGPD (en las llamadas cláusulas abiertas, por ejemplo, respecto del consentimiento de menores al tratamiento de datos, de trabajadores o el tratamiento de datos sensibles), haría falta una regla especial que se articularía en función del interés específico protegido, sobre todo cuando la norma remitida se localizara fuera de la UE¹²². Alternativamente se ha propuesto que la solución conflictual pudiera construirse a partir de la *ratio* del art. 3.2, que resultaría de la bilateralización del criterio que ésta incorpora. Así, la idea de la actividad dirigida (*targeting*) justificaría la aplicación de la ley del Estado miembro al que dirige su actividad el responsable del tratamiento¹²³.

Estas propuestas intentan ofrecer una solución desde el propio RGPD y que incorpore los fines perseguidos por éste, pero la solución resultante es de compleja aplicación y tiende a seguir primando la posición del responsable del tratamiento, salvo en la última variación, que pone el foco exclusivamente en el interesado.

121. DE MIGUEL, P.A., *Conflict of Laws...*, *op. cit.*, §3.103; THON, M., "Transnationaler Datenschutz...", *op. cit.*, p. 48; WENDEHORST, Ch., "Digitalgüter im Internationalen Privatrecht", *IPRax*, 2020, pp. 490-499.

122. Así, en relación con los menores, aplicaría la ley del Estado miembro de la residencia habitual del menor; si ésta se localizara fuera de la UE, entonces habría que aplicar la norma del art. 8 RGPD; respecto de los datos personales de los trabajadores, sería aplicable la ley del contrato de trabajo en una analogía con la solución del RRI, siempre y cuando se tratara de la ley de un Estado miembro; en caso contrario, habría que volver al criterio del establecimiento del responsable en el contexto de cuyas actividades tiene lugar el tratamiento; en materia de datos sensibles cuyo tratamiento se realiza con fines de interés público por autoridad pública, sostiene la aplicación de la ley del Estado de dicha autoridad; pero si el tratamiento se realiza en el marco de una relación contractual, se aplicaría la ley del Estado de residencia habitual del interesado si el profesional dirigió sus actividades a dicho Estado, MANTOVANI, M., "Horizontal conflicts...", *op. cit.*, pp. 557-558.

123. MELCHER, M., "Es lebe das Territorialitätsprinzip? (Zur Bedeutung des Kollisionsrechts für die Gewährleistung eines effektiven Datenschutzes)" en *Politik und Internationalesprivatrecht*, GÖSSL, S.L., (ed.), Mohr Siebeck, 2017, pp. 129-147, pp. 143-144, que articula la solución en términos de Marktortsprinzip, entiende que esta solución es más respetuosa con la *comitas* entre Estados que la aplicación alternativa de los dos criterios del art. 3 RGPD, al tiempo que puede garantizar mejor la protección de los derechos fundamentales en juego. Por su parte, THON, M., "Transnationaler Datenschutz...", *op. cit.*, p. 60, sugiere la inclusión del art. 3.2 RGPD bilateralizado como regla del RRII (en paralelo a la protección del derecho a la intimidad).

2.3. La ley del centro de intereses del afectado como regla del sistema

La tesis que aquí se defiende es que el RGPD permite sostener la aplicación de la ley del centro de intereses del titular del derecho a la protección de datos¹²⁴. El criterio del centro de intereses del afectado localiza donde se hallan los vínculos de esa persona física y, por tanto, identifica el sistema donde se encuadra el derecho y su protección con independencia de la naturaleza de la relación que suscita la protección de datos (*i.e.* un contrato, una acción de daños o la validez del consentimiento prestado por un menor)¹²⁵. Por lo general este criterio puede asimilarse a la residencia habitual, aunque el centro de intereses puede estar en otro Estado donde exista ese vínculo particularmente estrecho.

A) Ratio de la regla

Conviene recordar que la necesidad de una norma de conflicto en el RGPD tiene como finalidad resolver los conflictos de leyes que se pueden plantear cuando concurren varias normas de desarrollo del RGPD dentro de la UE, o cuando el propio RGPD remita a las normativas nacionales para que regulen aspectos que no cubre. En este sentido, fijar la atención exclusivamente en el art. 3 RGPD, que establece el ámbito de aplicación territorial del Reglamento, desenfoca parcialmente la solución porque esta regla funciona como norma de aplicación *ad extra*, pero no permite resolver los conflictos *ad intra*.

Es por ello que también es preciso identificar el ámbito de aplicación “personal” de estas normas. Al regular dos situaciones (*i.e.* el responsable tiene un establecimiento en la UE o carece de él) el art. 3 RGPD parece incorporar dos conexiones personales diferentes, siendo necesario en el último supuesto que la actuación del responsable esté relacionada con sujetos que estén en la UE (porque el responsable lleva a cabo un tratamiento relacionado bien con la oferta de bienes o servicios a dichos

124. Otros autores han defendido la aplicación de la ley del centro de intereses del afectado pero, a diferencia de lo que se propone en este trabajo, lo hacen como una propuesta respecto de la norma de conflicto nacional, así, LIMA PINHEIRO, L., “Law Applicable to Personal Data Protection...”, *op. cit.*, p. 183.

125. Que el centro de intereses principales no dependa de la relación subyacente no excluye que el hecho de que ésta exista puede ayudar a identificar cuál sea este centro de intereses. En otros términos, si la infracción del RGPD se verifica en el contexto de una relación de consumo o de trabajo, es evidente que el centro de intereses principales del afectado se localizará allí donde confía en ser protegido, lógica que subyace igualmente a la expectativa conflictual que puede tener como consumidor o trabajador.

interesados en la Unión, bien con el control de su comportamiento en la Unión)¹²⁶. Por el contrario, en el primer apartado, no parece que haya exigencia alguna de vinculación con la UE por parte de los interesados¹²⁷. Ahora bien, el considerando 13 indica que el RGPD debe asegurar a “las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles”. Personas físicas que, como indica el considerando 14, se protegen con independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia. De este modo, resulta claro que el RGPD pretende asegurar la protección de las personas físicas que están vinculadas a la UE, resultando su ámbito de aplicación territorial delimitado también por esta vinculación¹²⁸. Esta conexión es evidente cuando el responsable no está establecido en el territorio UE, pues en este caso es preciso que exista una actividad de “búsqueda” de los datos del interesado en la UE y que se concreta, por ejemplo, en los términos del art. 27.3 RGPD, que exige el nombramiento de un representante en el territorio de la UE, que deberá localizarse en uno de los Estados miembros en que estén los interesados cuyos datos personales se traten en el marco de la oferta de bienes o servicios o cuyo comportamiento esté siendo controlado¹²⁹.

Pero también tiene sentido cuando el criterio de conexión que activa la aplicación del RGPD es el del establecimiento del responsable¹³⁰. Ya en el marco de la DPD se había planteado la posibilidad de que un responsable con establecimiento en un Estado miembro que “dirigía” su actividad a otro Estado miembro quedara sujeto a la normativa de protección de datos de este segundo Estado miembro. El TJUE indicó que la mera “dirección” no era suficiente sino que el responsable debía realizar una

126. Sólo en las versiones española y portuguesa del art. 3 RGPD aparece una referencia a la residencia de los interesados en la UE, lo que se ha entendido mayoritariamente como una anomalía que debe superarse interpretando la conexión en línea con el resto de versiones, *i.e.* como referido a “estar” en la UE (*vid.* LIMA PINHEIRO, L., “Law Applicable to Personal Data Protection...”, *op. cit.*, p. 172).

127. De hecho, así lo interpreta el *European Data Protection Board* en sus Directrices 3/2018 relativas al ámbito de aplicación territorial del RGPD (art. 3) (https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_3_2018_territorial_scope_es.pdf), entendiendo que el art. 3.1 RGPD no se limita al tratamiento de datos de sujetos que estén en la UE (p. 9).

128. LIMA PINHEIRO, L., “Law Applicable to Personal Data Protection...”, *op. cit.*, p. 173 indica que debe tratarse de una vinculación relevante con la Unión.

129. De manera que la sola residencia en la UE no sería suficiente para activar la aplicación de las reglas del RGPD, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable...”, *op. cit.*, p. 84; LIMA PINHEIRO, L., “Law Applicable to Personal Data Protection...”, *op. cit.*, p. 172; SVANTESSON, D.J., “Extraterritoriality and targeting...”, *op. cit.*, p. 230; DE HERT, P. y CZERNIAWSKI, M., “Expanding the European data protection scope...”, *op. cit.*, p. 238.

130. MELCHER, M., “Es lebe das Territorialitätsprinzip?...”, *op. cit.*, p. 144.

actividad real y efectiva, aunque mínima, en dicho Estado¹³¹. En este sentido, la determinación del establecimiento depende de la vinculación de la actividad de ese establecimiento con la actividad real en dicho Estado, pero no excluye que se busque a los interesados localizados en ese Estado. En el ámbito del RGPD se puede sostener que, para identificar dicho establecimiento, a la luz de la flexibilidad que propugna el considerando 22 para su interpretación, la dirección de actividades a un determinado Estado miembro puede ser determinante para establecer la existencia de una actividad real y efectiva (en particular cuando se trata de actuaciones en internet)¹³². En otros términos, también cuando recurre al criterio del establecimiento, el RGPD implícitamente se construye sobre la presencia de los interesados en territorio de la UE.

Por último, en el caso de las acciones de carácter civil, el art. 79.2 RGPD permite acudir a los tribunales del establecimiento del responsable del tratamiento o bien a los de la residencia habitual del afectado, criterio que se ha asociado por la jurisprudencia del TJUE al centro de intereses de la víctima de una vulneración de los derechos de la personalidad (asunto *eData y Martínez*). Es decir, el propio RGPD está incorporando ya en la norma de competencia judicial en materia de acciones civiles el criterio del centro de intereses del afectado, lo que también justificaría reconocer esta regla de ley aplicable en el contexto del RGPD.

A la luz de estas consideraciones, puede sostenerse que la aplicación de la ley del Estado del centro de intereses del afectado es coherente con, y se sustenta en, las soluciones del propio RGPD. Además, esta interpretación ofrece también una solución adecuada para resolver situaciones cubiertas por las cláusulas abiertas del RGPD¹³³. Esta conexión podría concretarse en el lugar de la residencia habitual del afectado, salvo cuando dicha residencia no sea relevante (como por ejemplo en el caso de los trabajadores, para los que el centro de intereses “afectado” se vincularía al lugar de trabajo en la UE) o no sea única (en cuyo caso puede resultar ilustrativo

131. Asunto C-230/14 *Weltimmo*, *supra* nota 72, apartado 31; sentencia de 28 de julio de 2016, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl* (ECLI:EU:C:2016:612), apdo 76.

132. LÓPEZ-TARUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet”, *REDI*, vol. 29(2), 2017, pp. 223-256, p. 232.

133. Hay quien entiende que para las cláusulas abiertas debería hacerse referencia a las normativas nacionales de protección de datos, puesto que son cuestiones que el RGPD remite a los Estados miembros (así, OSTER, J., “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht...”, *op. cit.*, p. 228). Pero esta solución no parece razonable no sólo por la ya criticada dispersión que supone aplicar normas nacionales, sino porque es posible que éstas no se pretendan aplicables al supuesto, lo que implicaría tener que buscar alternativas conflictuales otra vez.

para identificar dónde está su centro de intereses atender al lugar donde el interesado plantea su demanda)¹³⁴.

B) *Adecuación de esta solución a los fines del RGPD*

La norma de conflicto que se propone no resulta discordante con ámbito de aplicación territorial del art. 3 RGPD y satisface las finalidades perseguidas por el RGPD. En primer lugar, la protección de los datos personales como parte de un sistema de protección de derechos fundamentales exige que la norma de conflicto aplicable incorpore y valore adecuadamente este elemento¹³⁵. En la medida en que esta conexión garantiza la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la UE (sin necesidad de hacer depender esta aplicación de su carácter de norma imperativa), esta primera finalidad parece correctamente satisfecha. Además, al identificar el *target criterion* en la UE con el centro de intereses, favorece el ejercicio de las acciones y, por ende, la protección de los derechos que asegura el RGPD. *A contrario*, el hecho de que, sólo en un supuesto, *v. gr.* en caso de conflicto de derechos (*v. gr.* cdo. 153 y art. 85 RGPD), se imponga la aplicación de la ley del Estado miembro de establecimiento del responsable, puede entenderse como la excepción que confirma la lectura que se propone¹³⁶.

La propuesta que se realiza implica una conexión única, opción que puede resultar insatisfactoria para quienes consideran que un solo criterio de conexión no permite abordar debidamente la diversidad de circunstancias en que se plantea la protección de datos, que puede depender del tipo de datos o de los sujetos titulares de dichos datos. Ciertamente esta crítica puede tener sentido en aquellos casos en los que la conexión adoptada es la del establecimiento del responsable del tratamiento, regla que

134. Véase, a título de ejemplo de esta situación, el supuesto planteado en esta obra por ECHEZARRETA FERRER, M., "Datos personales en materia de salud: interés, inmunización/tratamiento y defensa".

135. LIMA PINHEIRO, L., "Law Applicable to Personal Data Protection...", *op. cit.*, p. 177; ANCEL, M.E., "D'une diversité à l'autre...", *op. cit.*, p. 661.

136. Cabría plantearse si la solución propuesta no merecería una revisión para el supuesto de tratamientos realizados en el marco del art. 6.1.c) RGPD, pues el responsable no "busca" a los interesados, como sería el caso, por ejemplo, de un administrador concursal respecto de los acreedores. En este tipo de situaciones, podría entenderse razonable considerar que la expectativa de los interesados a la aplicación de una ley (del lugar de apertura del concurso) puede cubrir también los aspectos relativos al tratamiento de sus datos. *Vid.* en esta obra el trabajo de TORRALBA MENDIOLA, E., "Aspectos internacionales de la protección de datos en los procedimientos de insolvencia: la posición del administrador del concurso".

se había inferido del texto de la Directiva¹³⁷. Sin embargo, es cierto que esta solución pone el foco en el responsable del tratamiento más que en los titulares del derecho a la protección de datos. Conviene pues, analizar si esta conexión única, ahora centrada en la figura del interesado, es razonable a la luz de los fines que persigue el RGPD, en particular desde el punto de vista de la segunda finalidad, *i.e.* garantizar el funcionamiento del mercado interior facilitando la circulación de datos personales, y si, aun siéndolo, no sería conveniente introducir alguna corrección.

Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado, es una solución razonable en la medida en que las conexiones vinculan la aplicación de la ley con el acceso al mercado de datos (establecimiento o “*target*” en la UE) y ponen en igualdad de condiciones a responsables establecido dentro y fuera de la UE. El hecho de que puedan existir distintos requisitos para la exigencia de la responsabilidad en función de los Estados es una consecuencia de la falta de armonización total, pero que “compensa” el beneficio de poder acceder a todo el mercado europeo de datos. Además, esta solución no exige un reequilibrio de la posición del interesado, como sí sucede cuando se opta por la conexión del establecimiento del responsable. Si bien esta última produce seguridad a responsable y al interesado, que sabe que se aplica un derecho en el que puede confiar, siempre que sea un Estado miembro de la UE, es una conexión que plantea problemas cuando el responsable se ubica fuera de este territorio¹³⁸.

2.4. La adecuación de la solución para las acciones de indemnización

La búsqueda de la ley aplicable a la indemnización por infracción de los derechos protegidos por el RGPD dentro del propio RGPD no resulta sólo de la falta de adecuación de las soluciones generales de DIPr (que, además, serían múltiples en función de la relación subyacente que sustenta el tratamiento de los datos), sino de la propia lógica de un sistema conflictual. En otros términos, la exigencia de responsabilidad (y su correspondiente resarcimiento) deriva de la existencia de un derecho cuya infracción genera la indemnización. Llevado a términos conflictuales, esto implica que los aspectos sobre la indemnización del daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos que necesitan de una respuesta sobre ley aplicable tienen que estar también en el RGPD¹³⁹.

137. En este sentido, MANTOVANI, M., “Horizontal conflicts...”, *op. cit.*, p. 550. *Vid.* en particular el desarrollo del TJUE de la vinculación entre autoridad competente y ley aplicable en el asunto C-230/14 *Weltimmo*, *supra* nota 72.

138. THON, M., “Transnationaler Datenschutz...”, *op. cit.*, p. 51.

139. Esta construcción resulta coherente con la construcción propuesta para otras situaciones de responsabilidad que están excluidas del ámbito de aplicación del RRII, siendo

Esta solución respeta las expectativas legítimas de las partes (que ya cuentan con la aplicación del RGPD), reduce la complejidad (evita tener que calificar la relación subyacente que genera la responsabilidad, contractual o extracontractual) y ofrece una respuesta única a todos los supuestos en que se tenga que determinar la ley aplicable a una acción de indemnización. Por último, con una norma de conflicto propia del RGPD se evita recurrir en exceso al mecanismo de las normas imperativas, desvirtuando la normal aplicación de las soluciones conflictuales en favor de las unilaterales¹⁴⁰.

La regla propuesta permite alinear parcialmente las soluciones de ley aplicable con las de competencia judicial internacional en materia de acciones de indemnización (si se demanda en el lugar de la residencia habitual del interesado), genera seguridad jurídica, pues no depende de quién sea el demandado y dónde se localice (*v. gr.* si la acción se intenta contra responsable y encargado, o un responsable con varios establecimientos ubicados en Estados miembros distintos) y es previsible tanto para el infractor como razonable para el interesado, en particular si se trata de un consumidor o trabajador¹⁴¹.

Por otra parte, si atendemos a la lógica conflictual, la solución también resulta coherente desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual pues se trata de una conexión razonable y previsible para víctima y causante del daño. De hecho, como se vio *supra* (II.1.2), es la interpretación de la *lex loci damni* que tienden a privilegiar quienes sostienen la aplicación de las normas de conflicto nacionales (en defecto de solución en el RGPD). Es además una respuesta que facilita el ejercicio de las acciones *stand-alone* (*i.e.* en ausencia de una declaración de la autoridad de control)¹⁴². Y aunque la solución puede producir un efecto mosaico cuando el

la ley aplicable a la relación subyacente la que establecería el régimen de responsabilidad (RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Intrafamily Torts", *JPIL*, vol. 8, 2012, pp. 113-134).

140. Además, permite salvar la principal dificultad del recurso a las normas imperativas, puesto que admitiendo que debieran aplicarse con este carácter las soluciones del RGPD en materia de daños, aún quedaría por delimitar cuál de las leyes de los Estados miembros resultaría aplicable. Aunque probablemente se impondría la ley del foro, esta opción no está siempre justificada, *vid.* MANTOVANI, M., "Horizontal conflicts...", *op. cit.*, p. 540.
141. De este modo no es necesario introducir una cláusula de escape como la que propone LIMA PINHEIRO, "Law Applicable to Personal Data Protection...", *op. cit.*, p. 187, cuando defiende la aplicación de la ley que vincule previamente a las partes (en paralelo a lo previsto por el art. 4.3 RRII) puesto que el centro de intereses principales del interesado consumidor o trabajador se concreta en la misma conexión que la utilizada en la norma contractual.
142. También lo sería si las acciones *follow-on* (*i.e.* que siguen a una declaración de incumplimiento del RGPD por la autoridad de control) se interponen tras la decisión de una autoridad competente conforme a los criterios del art. 77 RGPD.

tratamiento afecta a interesados en varios países miembros y se demanda en el tribunal del Estado miembro del establecimiento del responsable, la posible concurrencia de normas no resulta tan problemática si se tiene en cuenta que la normativa del RGPD regula buena parte de la acción de indemnización, y las diferencias sólo afectarían a aquellos aspectos que no estén sujetos al RGPD¹⁴³.

Por último, esta solución es también razonable cuando la indemnización del art. 82 RGPD se solicita en el marco de una relación contractual entre el responsable del tratamiento y el afectado por el tratamiento ilícito, *v. gr.* en supuestos de consumidores o trabajadores. En la medida en que, siendo partes débiles contractuales su legítima expectativa desde el punto de vista conflictual es la aplicación al contrato de una ley cercana, bien la residencia habitual (consumidor) bien la del lugar de trabajo (trabajador), el hecho de que la ley aplicable a la indemnización resultante de la infracción del RGPD en el marco de dicha relación contractual se solape con la aplicable al contrato, simplifica la respuesta conflictual.

3. LEY APLICABLE A LOS DAÑOS RESULTANTES DE UNA TRANSFERENCIA TRANSFRONTERIZA DE DATOS A TERCER ESTADO

El ámbito del art. 82.1 RGPD no establece distinción en cuanto a la conducta (cualquier vulneración del RGPD) que suscita el derecho a la indemnización, de manera que los daños resultantes de una transferencia transfronteriza de datos a un tercer Estado no miembro de la UE (ex arts. 44-50 RGPD) también podrían fundamentar una acción conforme al apartado 6 de dicho art. 82 RGPD. Siendo esto así, la pregunta que debemos plantearnos es si las consideraciones realizadas previamente son pertinentes también para estos supuestos, ya que en estos casos es evidente que el RGPD no ofrece la tutela directa del tratamiento de los datos personales sino que garantiza que la transmisión de esos datos (para su tratamiento en un tercer Estado) se realizará asegurando un régimen adecuado de protección conforme a alguna de las opciones previstas por el propio RGPD.

Las transferencias a terceros Estados quedan sujetas a las disposiciones del RGPD cuando, a reserva de las demás disposiciones del Reglamento, responsable y encargado del tratamiento cumplen las condiciones

143. En el caso de acciones colectivas podría considerarse la posibilidad de aplicar algún criterio "corrector" semejante al previsto en el art. 6 RRUE, de modo que se pudiera aplicar la ley del foro si también en dicho Estado miembro se hubiera verificado una vulneración del RGPD susceptible de generar indemnización conforme al art. 82 RGPD.

establecidas en el capítulo V (arts. 44 y ss.). Ello supone que responsable y/o encargado (exportador) están sujetos al RGPD, bien porque su establecimiento está en la UE, bien porque se transfieren datos de un interesado que está en la UE. El importador (responsable o encargado situado en un tercer Estado), por el contrario, no está sujeto a las condiciones del RGPD. Esto permite distinguir dos tipos de situación, en función de frente a quién se dirija el interesado.

Si como resultado de la actividad del responsable/exportador se produjera una vulneración de los derechos del interesado (por ejemplo, porque se recaba el consentimiento para el tratamiento de datos pero no para su posterior transferencia, o para una finalidad y se utilizan los datos para otra distinta), el interesado puede activar el mecanismo de reparación previsto en el art. 82 RGPD de conformidad con las soluciones antes expuestas. Sin embargo, su posición respecto de la actuación del importador es menos clara y en buena medida dependerá del tipo de transferencia realizado.

a) La transferencia se realiza a un tercer Estado con un régimen adecuado de protección (en el marco del art. 45 RGPD): En esta hipótesis, la transferencia resulta autorizada porque la legislación del tercer Estado garantiza un régimen suficiente de protección, lo que, conforme al propio RGPD implica que existen mecanismos de exigencia de responsabilidad. Desde esta perspectiva, podría asumirse que el RGPD parte de la aplicación de la ley del establecimiento del importador, como ley aplicable al tratamiento en un tercer Estado¹⁴⁴. Del mismo modo, esa es la ley que debería establecer las condiciones para una indemnización en caso de vulneración de aquellas reglas¹⁴⁵. El problema se suscitara si la ley que gobierna el tratamiento no previera la indemnización. En esta hipótesis se podría buscar una solución en el marco del art. 10.9 CC (entendiendo que el daño se localiza en el Estado miembro de la residencia del interesado) pero tal vez, resulte más coherente con el carácter imperativo del art. 82 RGPD imponer su aplicación directa por el juez español.

b) En los supuestos en que la transferencia se realiza a un tercer Estado cuyas normas sobre protección de datos no ofrecen garantías suficientes conforme al RGPD, las transferencias pueden resultar sin embargo posibles si exportador e importador utilizan cláusulas contractuales tipo

144. Esta interpretación, que viene a suponer una bilateralización del art. 3 RGPD cuando el RGPD no resulte aplicable, se alinearía con la propuesta para el anterior marco normativo, a partir de la bilateralización de la norma de conflicto del art. 4 DPD (SANCHO VILLA, D., *Transferencias internacionales de datos personales*, Agencia de protección de datos, 2003, p. 95).

145. De nuevo, en el marco de la DPD, SANCHO VILLA, D., *Transferencias internacionales...*, *op. cit.*, p. 222.

elaboradas por la Comisión o por las autoridades nacionales de protección de datos (art. 46 RGPD). La cláusula 17 de las nuevas CCT prevé, en principio, la aplicación de la ley de un Estado miembro de la UE siempre y cuando ésta permita introducir derechos para terceros beneficiarios, pero distingue en función del tipo de transferencia realizado¹⁴⁶. Así, cuando se realice entre responsables, éstos podrán elegir dicha ley (opción 1); sin embargo, para transferencia entre responsable y encargado o entre encargados habrá que aplicar necesariamente la ley del Estado miembro del exportador de datos, salvo que ésta no permita la existencia de terceros beneficiarios, en cuyo caso habrá que aplicar el Derecho de otro Estado miembro (opción 2). La última hipótesis contemplada en la cláusula 17, para transferencia de encargado a responsable, permite también la elección del Derecho de un Estado que contemple derechos de beneficiarios.

Resulta llamativo que la aplicación de la ley quede sujeta a que ésta prevea la condición del beneficio de terceros, cuestión que las partes no tienen por qué conocer. Además, el hecho de que la única opción de la cláusula sea la elección de ley, deja sin resolver el supuesto en el que la elección no resulte válida (o no contemple este derecho). En esta situación habrá que recurrir a las normas por defecto del ordenamiento, *i.e.* el art. 4 RRI, que remite a la ley del Estado del exportador, lo que garantiza que sea la de un Estado miembro, pero no necesariamente que prevea el beneficio de terceros¹⁴⁷. Esta cautela, claramente orientada a la posición de Irlanda, resulta ya poco relevante, puesto que este país ha modificado su legislación para asegurar este derecho¹⁴⁸. Cabe esperar que, en la mayoría de los casos, resulte aplicable la ley del Estado miembro del exportador de datos, lo que disocia *fórum* y *ius* en el marco de las CCT pero salvaguarda en todo caso la posibilidad de obtener una indemnización conforme al RGPD frente a un importador ubicado fuera de la UE.

IV. CONCLUSIONES

La regulación del derecho a la indemnización en el art. 82 RGPD supone un avance respecto del art. 23 DPD. La armonización alcanzada desde el

146. *Supra* nota 79.

147. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Transferencias internacionales mediante cláusulas tipo de protección de datos", en su blog, entrada de 29 de enero de 2021 (<https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/01/transferencias-internacionales-mediante.html>).

148. S.I. N.º 297 de 2021 (24 de junio), *European Union (Enforcement of Data Subject's Rights on Transfer of Personal Data outside the European Union) Regulations 2021*, consultada en <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2021/si/297/made/en/pdf>.

punto de vista material permite superar parte de las dificultades existentes antes del RGPD y potenciar, así, el ejercicio de estas acciones como instrumento para facilitar la consecución de los fines del Reglamento. En este sentido, la inclusión de una regla de CJI es un instrumento esencial pues el art. 79.2 RGPD garantiza al interesado el acceso a los tribunales cuando esta reclamación tiene un alcance transfronterizo. En efecto, estas reglas, sin descartar la competencia del Estado del establecimiento del responsable, acercan el litigio a los tribunales del Estado miembro del interesado que solicita la indemnización. Precisamente esta misma orientación favorable al acceso a la jurisdicción, con vistas a promover estas acciones, sustenta la posibilidad de completar las reglas del art. 79.2 RGPD con otros foros del RBI *bis*, si bien, de hecho, el efecto de esta alternatividad no parece aportar mucho a los interesados. Esta misma lógica es la que explica que se excluya el juego del RBI *bis* si supone una renuncia a los foros previstos en el RGPD. Con todo, a la luz del debate suscitado en la doctrina sobre la relación entre ambos instrumentos, y en particular en relación con las acciones de naturaleza colectiva, sería clarificadora una intervención del TJUE sobre este punto.

Menos satisfactoria es la solución que proporciona el RGPD para el ejercicio de la acción de indemnización en términos conflictuales. La armonización del art. 82 RGPD, siendo muy ambiciosa, no es sin embargo total, por lo que existen cuestiones relevantes para el ejercicio de la acción que no están reguladas en el RGPD, por ejemplo, el plazo de prescripción. Ello exige identificar conforme a qué norma pueden resolverse los conflictos *intra*-UE relativos a estas cuestiones.

A estos efectos se han ofrecido distintas aproximaciones cuya idoneidad para resolver el problema no resulta satisfactoria. Así, el recurso a las normas de conflicto “generales” de la UE (Reglamentos Roma I y Roma II) debe ser descartado por la incompatibilidad de los fines perseguidos. Del mismo modo, la aplicación de las normas de conflicto nacionales no parece adecuada en una materia que ha sido ampliamente armonizada por el legislador europeo. Es por ello que se ha propuesto la búsqueda de la solución en el propio RGPD. A diferencia de quienes sostienen que la solución pasaría por proyectar el art. 3 RGPD como norma de conflicto (con preferencia por la conexión del establecimiento del responsable y, en determinadas situaciones, la residencia del interesado), en este trabajo se defiende que es posible buscar una norma de conflicto implícita en el RGPD. El análisis de los fines perseguidos por el RGPD, las distintas indicaciones que en el propio RGPD se recogen, así como consideraciones conflictuales, permiten sostener que el Reglamento justificaría la aplicación de la ley del Estado del centro de intereses del titular de los

datos (posiblemente, pero no de modo necesario, localizado en su residencia habitual). Esta conexión ofrece una respuesta adecuada para todos los supuestos en que el RGPD exige un complemento conflictual, también cuando se trata de las cláusulas abiertas en él contempladas. Consecuentemente, esta sería la solución aplicable para completar los aspectos no regulados en el RGPD en materia de acciones de indemnización. De nuevo, la piedra de toque de esta construcción estaría en un pronunciamiento del TJUE que confirme que las cuestiones conflictuales pueden colmarse desde el propio RGPD.

La tutela de la protección de datos y el correspondiente derecho a la indemnización del interesado ubicado en la UE deben quedar igualmente asegurados en aquellos supuestos (en que el RGPD no resulta directamente aplicable) que se generan en el contexto de transferencias a terceros Estados que han sido autorizadas por alguna de las vías previstas en el RGPD. En sede de competencia judicial internacional, cuando el responsable (sujeto al RGPD) esté domiciliado fuera de la UE, no siendo aplicables las reglas del RBI *bis*, el art. 79.2 RGPD garantiza al interesado el acceso a un tribunal de un Estado miembro. El legislador europeo sigue una lógica similar cuando “contractualiza” la protección de datos en transferencias a terceros Estados, asegurando al interesado el acceso a los tribunales del Estado miembro de su residencia habitual tanto frente al exportador como al importador, que no está sujeto al RGPD.

Menos clara, y probablemente menos satisfactoria, es la aproximación en términos conflictuales a las indemnizaciones resultantes de transferencias a terceros Estados. En este supuesto, para transferencias a Estados con nivel adecuado de protección parece más complicado proyectar la solución propuesta en este trabajo para los conflictos *intra*-UE y será necesario recurrir a otras normas de conflicto. Esta posibilidad se intenta evitar en el marco de las cláusulas contractuales tipo por el legislador europeo, que ha optado por “contractualizar” la solución exigiendo la aplicación de la ley de un Estado miembro, con una cierta preferencia por la ley del exportador de datos. Pero, de nuevo, estas cláusulas pueden tener que ser completadas por las normas de conflicto, en este caso, el Reglamento Roma I.

En conclusión, si valoramos el acierto del legislador europeo al regular las acciones de indemnización para favorecer la consecución de los fines del RGPD, la respuesta es matizada. Sin duda el art. 82 RGPD perfecciona la DPD desde el punto de vista sustantivo. También la regulación de la acción de indemnización resultante de tratamientos de datos personales con elementos transfronterizos ha mejorado desde el punto de vista procesal, aunque la concurrencia normativa puede resultar compleja para

demandantes no cualificados y haría necesarias algunas aclaraciones. Por el contrario, la solución conflictual para estas acciones plantea aún dificultades. Resultaría en este sentido interesante que, en la revisión que se lleve a cabo del RGPD, se considere la incorporación de una norma de conflicto clara, probablemente en el propio texto del Reglamento, en el sentido que se ha defendido en este trabajo. En ausencia de estos desarrollos normativos, cabe esperar que el TJUE asuma la tarea de impulsar este proceso de aclaración y/o mejora de las soluciones del RGPD.