

Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales

Right to compensation for damage caused by data processing: international issues

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8925

Resumen: Las recientes sentencias del Tribunal de Justicia sobre el artículo 82 RGPD permiten conocer los requisitos del derecho de indemnización que esa norma establece. Además, resultan ilustrativas de los límites del RGPD como instrumento de unificación, por ejemplo, en lo relativo a la cuantificación de los daños. Esta contribución aborda los elementos específicos de incertidumbre que se manifiestan con respecto al ejercicio de estas acciones de indemnización en situaciones transfronterizas. Se analiza el significado en relación con tales acciones de los fueros especiales de competencia del artículo 79 RGPD y su interacción con otras reglas. Además, se abordan las implicaciones en materia de Derecho aplicable de los límites de la unificación llevada a cabo por el RGPD en este ámbito.

Palabras clave: datos personales, tratamiento, daños, RGPD, indemnización, competencia judicial, derecho aplicable.

Abstract: The recent judgments of the Court of Justice on Article 82 GDPR provide insight into the requirements of this right to compensation. They are also illustrative of the limits of the GDPR as an instrument of harmonization, e.g. as regards the assessment of the amount of compensation. This contribution addresses the specific elements of uncertainty that arise with regard to compensation claims in cross-border situations. The significance of the provisions on jurisdiction of Article 79 GDPR and their interplay with other rules are discussed. In addition, the contribution addresses the complex choice of law issues that arise in connection to the limits of the harmonization brought about by the GDPR in this area.

Keywords: personal data, processing, damage, GDPR, compensation, jurisdiction, choice of law.

Sumario: I. Planteamiento. II. Derecho a indemnización por el tratamiento de datos personales. 1. Fundamentos y requisitos. 2. Infracción del RGPD e imputación del daño. 3. Existencia de daños y perjuicios. 4. Determinación de la cuantía. III. Competencia judicial internacional. 1. Fueros especiales del RGPD. 2. Aplicación del Reglamento Bruselas I bis y de las legislaciones nacionales. 3. Referencia a la tutela colectiva. IV. Derecho aplicable. 1. Alcance del RGPD y límites de la unificación. 2. Determinación de la ley aplicable. 3. Evaluación de los daños y la indemnización.

I. Planteamiento

1. El Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos (RGPD) atribuye una renovada importancia a la aplicación privada del derecho a la protección de datos personales, que complementa la tradicional aplicación jurídico-pública mediante autoridades de control independientes.¹ La aplicación privada aparece contemplada específicamente en su artículo 79, que proclama el derecho de todo interesado a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del RGPD han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.

2. La coexistencia de la aplicación privada con la pública tiene reflejo en el propio artículo 79 RGPD, que precisa que el mencionado derecho a la tutela judicial opera “(s)in perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control en virtud del artículo 77”. Ciertamente, junto a la posibilidad de presentar reclamaciones ante las mencionadas autoridades de control (art. 77) y recursos –en vía administrativa y contencioso-administrativa– frente a sus resoluciones (art. 78), vías que dan lugar a la imposición de sanciones administrativas –típicamente multas– al responsable o encargado, el RGPD contempla el ejercicio por los interesados de acciones civiles contra un responsable o encargado del tratamiento por infracción de sus normas, incluyendo ciertos fueros que tratan de facilitar el acceso a la justicia en situaciones transfronterizas (art. 79).

3. En síntesis, la aplicación privada es la que resulta de lo dispuesto en el artículo 79 RGPD, mientras que los artículos 77 y 78 RGPD (junto con la normativa reguladora de las funciones y poderes de las autoridades de control) contemplan la aplicación pública (aunque en el caso del art. 77 tenga lugar como consecuencia de la reclamación de un interesado). La importancia de la tutela privada en materia de datos personales se refleja de manera singular en la previsión en el artículo 82 RGPD del derecho de los interesados a ser indemnizados por el responsable o el encargado del tratamiento.² La trascendencia práctica en el entorno de la economía digital de este derecho a indemnización se corresponde con que en los últimos meses el TJ haya tenido que dar respuesta a un elevado número de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de ese concreto precepto.³

4. El análisis de las recientes sentencias del TJ sobre el artículo 82 RGPD resulta punto de partida imprescindible para conocer los fundamentos de este derecho de indemnización (II.1, *infra*), así como los requisitos a los que se subordina (II.2, *infra*), pero también los límites del RGPD como instrumento de unificación, en especial en lo relativo a la determinación de la indemnización (II.3, *infra*). El ejercicio de acciones de indemnización en situaciones transfronterizas va unido a elementos específicos de incertidumbre.

5. De cara a abordar esos elementos de incertidumbre, el presente estudio analiza el significado de los fueros especiales de competencia introducidos en el artículo 79 RGPD en relación con las acciones de indemnización (III.1, *infra*), así como el papel que continúan desempeñando en este ámbito las normas de competencia del Reglamento Bruselas I bis y, en su caso, las de las legislaciones de los Estados miembros (III.2, *infra*), con especial referencia a sus implicaciones con respecto a la tutela co-

¹ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “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*, núm. 42, diciembre 2017.

² Vid., v.gr., A. RUBÍ PUIG, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 4 (2018), pp. 53-87, y A.B. MENEZES CORDEIRO, “Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR”, *EDPL*, 2019, pp. 492-499.

³ SSTJ de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post (Préjudice moral lié au traitement de données personnelles)*, C-300/21, EU:C:2023:370; 14 de diciembre de 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986; 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, EU:C:2023:988; 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C 667/21, EU:C:2023:1022; 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn*, C 687/21, EU:C:2024:72; 11 de abril de 2024, *juris*, C 741/21, EU:C:2024:288; 20 de junio de 2024, C-182/22 y C-189/22, *Scalable Capital*, EU:C:2024:531; y 20 de junio de 2024, C-590/22, *PS (Adresse erronée)*, EU:C:2024:536.

lectiva prevista en el artículo 80 RGPD (III.3, *infra*). Además, es objeto de atención específica el que la aplicación privada del RGPD y los límites de la unificación que lleva a cabo van unidos a la importancia de las cuestiones de Derecho aplicable que se plantean en este ámbito (IV, *infra*).

II. Derecho a indemnización por el tratamiento de datos personales

1. Fundamentos y requisitos

6. Ya en su sentencia en el asunto *Österreichische Post AG*, primera en la que abordó la interpretación del artículo 82 RGPD, el TJ rechazó que el derecho del interesado (en el sentido del art. 4.1 RGPD) a ser indemnizado, previsto en el artículo 82.1 RGPD, nazca como consecuencia de la mera infracción de las disposiciones del RGPD.⁴ Esta constatación resulta coherente con la existencia de la tutela pública junto con la tutela privada del derecho a la protección de datos, en el que se inserta el derecho del interesado a ser indemnizado.

7. Se trata de dos vías de tutela que “pueden ejercerse de manera concurrente e independiente”, sin que entre ellas exista relación jerárquica o excluyente alguna.⁵ A diferencia de lo que sucede con el derecho a indemnización, los recursos ante o contra una autoridad de control no se subordinan a que el interesado haya sufrido daños y perjuicios, siendo suficiente en el caso de los artículos 77 y 78 del RGPD la mera infracción del RGPD. Las multas administrativas y otras sanciones previstas en los artículos 83 y 84 RGPD -paradigma de la aplicación pública- tienen esencialmente una finalidad punitiva y no están supeditadas a la existencia de daños y perjuicios individuales, frente lo que sucede con la tutela privada cuando el interesado reclama su derecho a ser indemnizado con base en los artículos 79 y 82 RGPD.⁶

8. A partir del tenor literal del artículo 82 RGPD y su contexto, incluyendo los considerandos 75, 85 y 146 del RGPD, la jurisprudencia del TJ ha establecido que el derecho a indemnización del artículo 82.1 RGPD se halla subordinado a la concurrencia de tres requisitos cumulativos. Esos tres requisitos son la existencia de “daños y perjuicios”, la existencia de una infracción del RGPD y la relación de causalidad entre dichos daños y perjuicios y esa infracción.⁷ La mera infracción de las normas del RGPD no es suficiente para que nazca el derecho a indemnización.⁸ La amplia formulación del artículo 79 RGPD, en virtud del cual “todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del (RGPD) han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales”, no es óbice para esa interpretación, pues esa norma se limita a proporcionar un cauce procesal, sin regular los requisitos del derecho a indemnización, que se establecen en su artículo 82.⁹

9. La reiteración del criterio según el cual el derecho a indemnización se subordina a esos tres requisitos cumulativos, no impide al Tribunal establecer que la responsabilidad con base en el artículo 82 RGPD está supeditada a la existencia de culpa, si bien se contempla una inversión de la carga de la prueba. La culpa del responsable del tratamiento se presume, a menos que pruebe que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.¹⁰ Los afectados tienen la carga de la prueba de la existencia de la infracción del RGPD y de los daños y perjuicios materiales o inmateriales sufridos, pero es el responsable (o encargado) del tratamiento al que se imputa la responsabilidad

⁴ Sentencias posteriores como *Gemeinde Ummendorf*, *MediaMarktSaturn* y *juris*, reiteran que la mera infracción del RGPD no basta para que nazca el derecho a indemnización.

⁵ STJ de 12 de enero de 2023, *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-132/21, EU:C:2023:2, apdo. 35.

⁶ Sentencia *Österreichische Post*, apdos. 39-40.

⁷ *Österreichische Post*, apdo. 32; *MediaMarktSaturn*, apdo. 58; *juris*, apdo. 34; *Scalable Capital*, apdo. 41; y *PS (Adresse erronée)*, apdo. 22.

⁸ Aplicando este criterio del TJ, *vid.* STS (Civil) 398/2024 de 19 de marzo de 2024, ES:TS:2024:1495, Fdto. Dcho. Tercero.

⁹ Sentencia *juris*, apdo. 39.

¹⁰ *Krankenversicherung Nordrhein*, apdo. 103; y *juris*, apdo. 46.

quien debe probar la ausencia de culpa, lo que incluye que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada.¹¹

2. Infracción del RGPD e imputación del daño

10. La sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* proporcionó precisiones relevantes con respecto a la existencia de infracción del RGPD como presupuesto del derecho a indemnización del artículo 82, en el contexto de demandas frente al responsable del tratamiento por interesados cuyos datos personales se vieron afectados por un ciberataque dirigido contra ese responsable. La mera existencia de una comunicación no autorizada de datos personales o de un acceso no autorizado a tales datos por parte de los terceros que llevan a cabo un ciberataque, no basta, por sí sola, para establecer que las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento no eran “apropiadas”, a los efectos de apreciar un incumplimiento de los artículos 24 y 32 RGPD.¹²

11. Corresponde a los tribunales valorar si las medidas técnicas y organizativas aplicadas son apropiadas en el caso concreto para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo. Para ello, deben llevar a cabo un examen de tales medidas con base en los criterios del artículo 32 RGPD, lo que típicamente implica un análisis concreto de la naturaleza y el contenido de las medidas adoptadas por el responsable, así como de su aplicación y efectos prácticos en el nivel de seguridad en relación con los riesgos de ese tratamiento. De ahí la relevancia de la carga de la prueba y los medios de prueba disponibles. También a los efectos del artículo 82 RGPD, la carga de la prueba de que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada recae sobre el responsable del tratamiento en cuestión (por ejemplo, la entidad víctima del ciberataque). En lo relativo a los medios de prueba, como el RGPD no contiene reglas sobre la admisión y al valor de los medios de prueba en relación con las acciones de indemnización, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado miembro establecer las reglas relevantes, respetando los principios de equivalencia y efectividad.¹³

12. El artículo 82.3 RGPD establece que el responsable del tratamiento queda exento de responsabilidad por daños y perjuicios “si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios”, lo que se interpreta en la sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* en el sentido de que las circunstancias en las que el responsable puede quedar exonerado “deben limitarse estrictamente a aquellas en las que... pueda demostrar que el daño no le es imputable” (apdo. 70). Cuando la violación de la seguridad de los datos personales resulta de un ciberataque de un tercero contra el responsable no puede imputarse a éste, salvo que “la hubiera hecho posible por incumplir alguna obligación establecida en el RGPD y, en particular, la obligación de protección de datos a la que está sujeto en virtud de los artículos 5.1.f), 24 y 32” (apdo. 71). Además, procede la exoneración cuando el responsable demuestre “que no existe relación de causalidad entre su eventual incumplimiento de la obligación de protección de datos y los daños y perjuicios” (apdo. 72).

3. Existencia de daños y perjuicios

13. El concepto de “daños y perjuicios materiales o inmateriales” del artículo 82 RGPD es objeto de una definición autónoma y uniforme. Del tenor literal y el contexto del artículo 82, así como de los fines del RGPD -especialmente la garantía de un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas en este ámbito-, el TJ deriva que no cabe supeditar ese derecho a indemnización a que los daños y perjuicios sufridos por el interesado hayan alcanzado cierto nivel de gravedad, pese a que así lo prevea

¹¹ *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdos. 52 y 57.

¹² *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdo. 39; *MediaMarktSaturn*, apdo. 45.

¹³ *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdos. 46 y 54; y *MediaMarktSaturn*, apdo. 30.

una legislación nacional con respecto a los daños inmateriales. La fijación y graduación de un umbral de ese tipo podría menoscabar la coherencia del régimen establecido por el RGPD.¹⁴

14. Ahora bien, la inexistencia de un umbral mínimo se vincula a la exigencia de que sea el interesado quien demuestre en el caso concreto que las consecuencias negativas que haya tenido “constituyen daños y perjuicios inmateriales, en el sentido del artículo 82”.¹⁵ Aportación destacada de la sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* es también la consideración del temor del interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales como daño o perjuicio inmaterial indemnizable a estos efectos. El artículo 82 RGPD no excluye que los «daños y perjuicios inmateriales» estén relacionados con el temor que experimenta el interesado a que el uso indebido de sus datos personales pueda producirse en el futuro por terceros como consecuencia de la infracción de las normas del RGPD (apdos. 79 y 80), siempre que ese temor pueda considerarse fundado a la luz de las circunstancias (apdo. 85). La exigencia de una interpretación amplia del concepto de «daños y perjuicios inmateriales», conforme al cdo. 146 RGPD, avala ese planteamiento que resulta corroborado por la previsión de su cdo. 85 en el sentido de que la mera “pérdida de control” de una persona sobre sus datos a raíz de una infracción del RGPD puede constituir daños y perjuicios, incluso sin que se haya producido un uso indebido de tales datos (apdos. 81 y 82). Su jurisprudencia posterior, en particular en el asunto *MediaMarktSaturn*, ha reafirmado que el concepto de daño inmaterial comprende una situación en la que el interesado tiene un temor fundado de que algunos de sus datos personales puedan ser difundidos o utilizados indebidamente por terceros en el futuro.

15. Esa interpretación amplia del concepto “daños y perjuicios inmateriales” va acompañada del criterio de que para obtener indemnización es el interesado afectado por la infracción del RGPD quien debe demostrar que las consecuencias negativas que ha sufrido como consecuencia de la infracción constituyen daños y perjuicios inmateriales.¹⁶ Un riesgo puramente hipotético de uso indebido por un tercero no puede dar lugar a indemnización, lo que el Tribunal de Justicia precisa que debe ser el caso cuando ningún tercero ha tenido conocimiento de los datos personales en cuestión.¹⁷

4. Determinación de la cuantía

16. El artículo 82 RGPD carece de disposiciones relativas a la cuantificación de la indemnización. Por ello, el TJ ha establecido que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere el... artículo 82... y, en particular, los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización debida..., siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.¹⁸

17. La función compensatoria del derecho a indemnización del artículo 82 RGPD requiere que, como contempla su considerando 146, deba procederse a una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, lo que se satisface con la compensación íntegra de tales daños y perjuicios. Habida cuenta del carácter meramente compensatorio del artículo 82 RGPD -a diferencia de los arts. 83 y 84 relativos a la imposición de multas y otras sanciones de Derecho público-, el grado de culpa del responsable no puede tenerse en cuenta al fijar el importe de la indemnización por daños y perjuicios,¹⁹

¹⁴ *Österreichische Post*, apdo. 49; *Gemeinde Ummendorf*, apdos. 18-20; y *Scalable Capital*, apdos. 44-45.

¹⁵ *Österreichische Post*, apdo. 50; y *Gemeinde Ummendorf*, apdo. 21.

¹⁶ *MediaMarktSaturn*, apdos. 58-60, con referencia a las sentencias *Österreichische Post*, *Natsionalna agentsia za prihodite*, *Gemeinde Ummendorf*, y *Krankenversicherung Nordrhein*.

¹⁷ *MediaMarktSaturn*, apdos. 67-68. Asimismo, STS (Civil) 398/2024, de 19 de marzo, ES:TS:2024:1495, Fdto. Dcho. Tercero.

¹⁸ *Österreichische Post*, apdo. 54; y *juris*, apdo. 58, con referencia a las sentencias *Krankenversicherung Nordrhein* y *MediaMarktSaturn*.

¹⁹ *Krankenversicherung Nordrhein*, apdo. 99.

al tiempo que no es necesario imponer indemnizaciones de carácter punitivo.²⁰ Para fijar el importe de la indemnización en el marco del artículo 82 solo deben tenerse en cuenta los daños y perjuicios sufridos por el interesado y su cuantía no puede exceder de la compensación completa del perjuicio.²¹

18. Aunque los condicionantes derivados de la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad operen como un factor adicional de uniformización, resulta claro que es un ámbito en el que subsisten diferencias significativas entre los Estados miembros, ante la ausencia de normas comunes. La diferente finalidad de los artículos 82 y 83 RGPD resulta determinante de que los criterios del artículo 83 para determinar el importe de las multas administrativas -como la gravedad de la infracción, el grado de responsabilidad o la comisión previa de otras infracciones- no puedan utilizarse para determinar la indemnización por daños y perjuicios en el marco del artículo 82.²²

III. Competencia judicial internacional

1. Fueros especiales del RGPD

19. Entre las innovaciones que introdujo el RGPD está una norma especial de competencia judicial internacional, de singular relevancia con respecto a las acciones de indemnización del artículo 82 RGPD. Como primer criterio, el artículo 79.2 atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado contra el que se ejercita la acción “tenga un establecimiento”. En muchas situaciones el establecimiento coincidirá con el Estado en el que se localiza el domicilio del demandado como fuero general del artículo 4.1 RBIBis, que debe determinarse conforme a sus artículos 62 y 63. En otras situaciones, el artículo 7.5 RBIBis, que, en los litigios relativos a la explotación de sucursales u otros establecimientos, atribuye competencia al órgano jurisdiccional en que se hallen sitios, puede conducir a un resultado similar, si bien tiene un alcance más reducido que el artículo 79.2 RGPD.

20. Al atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un “establecimiento”, el artículo 79.2 RGPD facilita que tal circunstancia, a los efectos de atribuir competencia con alcance general, pueda concurrir con respecto a varios Estados miembros. El RGPD emplea un concepto amplio y flexible de establecimiento, que se extiende “a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable”²³, y que debe diferenciarse del concepto mucho más restrictivo de “establecimiento principal” definido en su artículo 4.16. La posibilidad de presentar la demanda en cualquier Estado miembro en el que el responsable o el encargado del tratamiento de que se trate tenga un establecimiento, con base en el artículo 79, debe considerarse compatible con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia. Además, a falta de indicación en contrario, la competencia basada en este criterio cabe entender que tiene alcance general y se extiende al conjunto del daño causado al interesado como consecuencia de la infracción del RGPD.

21. Como criterio alternativo de competencia, el artículo 79 RGPD prevé que las acciones frente al responsable o encargado podrán ser ejercitadas por el interesado ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su propia residencia habitual. Ante la ausencia de un concepto específico, cabe partir de que la «residencia habitual» no viene determinada por la mera presencia, resultando preciso que sea en principio de cierta duración para que revele una estabilidad suficiente²⁴.

²⁰ *Österreichische Post*, apdos. 57-58.

²¹ *MediaMarktSaturn*, apdos. 46-54; y *juris*, apdo. 64.

²² Sentencias *juris*, apdos. 57, 59 y 62; y *PS (Adresse erronée)*, apdo. 44. Acerca del contraste en su nivel de desarrollo entre el artículo 82 y el más elaborado artículo 83 del RGPD, *vid.* J. CHAMBERLAIN, y J. REICHEL, “The relationship between damages and administrative fines in the EU General Data Protection Regulation”, *Mississippi Law Journal*, vol. 89 (4), 2020, pp. 667-696.

²³ SSTJ de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, C-230/14, EU:C:2015:639, apdo. 31; y de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, apdo. 75.

²⁴ Aunque en un ámbito diferente, *vid.* STJUE 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apdos. 46 y 51.

22. Aunque con frecuencia coincidirán, la “residencia habitual” del interesado no es un concepto idéntico al de “centro de intereses de la víctima”, desarrollado por el TJ para concretar el lugar donde se ha producido el daño, a los efectos del artículo 7.2 RBIBis, en los supuestos de lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet.²⁵ Ante la falta de restricciones en el texto del artículo 79 RGPD y teniendo en cuenta el objetivo que lo inspira, cabe entender que el alcance de la competencia fundada en la residencia habitual del interesado se extiende también al conjunto del daño que el tratamiento por el demandado le haya causado, de modo que no se limita al producido en el Estado de su residencia habitual. Del texto del artículo 79 RGPD tampoco resulta que la operatividad de esta regla de competencia se subordine al cumplimiento de requisitos específicos, como la circunstancia de que las actividades del responsable estén dirigidas al Estado miembro de la residencia habitual²⁶, pero tal resultado podría alcanzarse en la medida en que se considere que la regla de competencia del artículo 79 se halla también limitada por los criterios sobre el ámbito territorial del RGPD (art. 3).

2. Aplicación del Reglamento Bruselas I bis y de las legislaciones nacionales

23. El marco de relaciones entre los fueros del artículo 79 RGPD y el RBIBis deriva fundamentalmente de lo dispuesto en el art. 67 RBIBis y en los cdos. 145 y 147 del RGPD. Conforme a su artículo 67, el RBIBis no prejuzga la aplicación de las disposiciones particulares que en materias especiales regulan la competencia judicial en los actos de la Unión, como el artículo 79 RGPD. En esta línea, el cdo. 147 del RGPD afirma que las normas generales de competencia judicial del RBIBis deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD. Además, acerca del significado de su artículo 79.2, el cdo. 145 del RGPD manifiesta que en lo relativo a las acciones contra los responsables o encargados, “el reclamante debe tener la opción de ejercitarlas ante los tribunales de los Estados miembros” designados por el art. 79.2 RGPD.

24. El objetivo de protección de los interesados se traduce en que la función de las reglas de competencia del RGPD es poner a disposición de los interesados la posibilidad de ejercitar sus acciones ante los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o encargado tenga un establecimiento o en el de la propia residencia habitual del perjudicado, resultando desmentida la formulación imperativa del primer inciso del artículo 79.2 (“las acciones... deberán ejercitarse”) por el contexto, contenido y función de la norma, así como por su redacción en otras lenguas. Se trata de fueros adicionales que tiene a su disposición el interesado, en particular cuando pretende hacer valer su derecho a indemnización, y que complementan el régimen establecido en el RBIBis, prevaleciendo sobre sus normas de competencia, de modo que las normas del RBIBis continúan siendo de aplicación, pero solo en la medida en que no menoscaben lo dispuesto en el RGPD²⁷.

25. El mismo criterio de solución se impone en aquellos casos en los que no resulte de aplicación el RBIBis sino las legislaciones internas de los Estados miembros –como en España, la LOPJ– en virtud de la remisión contenida en el art. 6.1 RBIBis. En tales situaciones la legislación nacional debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las reglas especiales de competencia del RGPD, cuyo alcance no se limita a los demandados domiciliados en un Estado miembro.

²⁵ SSTJ de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766; y de 17 de junio de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:489.

²⁶ N. BRKAN, “Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop”, *IDPL*, vol. 5, 2015, pp. 257-278, p. 274.

²⁷ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea”, *REDI*, vol. 69(1), 2017, pp. 75-108, pp. 99-102; L. LUNDSTEDT, “International jurisdiction over cross-border private enforcement actions under the GDPR”, 2018, *Scandinavian Studies in Law*, 2018, 213-55, p. 253; E. TREPPOZ, “Forum shopping et données personnelles”, *Travaux. Com. fr. DIP Fr, Annees 2020-2022*, pp. 39-62; y E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos”, E. E. RODRÍGUEZ PINEAU y E. TORRALBA MENDIOLA (dirs.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Aranzadi, 2021, pp. 213-261, pp. 226-233. Véase, en este mismo sentido, la resolución del *Rechtbank* (Tribunal de Distrito) de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488, apdos. 5(16)–(18).

26. Cabe recordar que objetivo básico del RGPD es garantizar la protección efectiva y completa del derecho fundamental de las personas físicas a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Además, garantizar el derecho a la tutela judicial de conformidad con el artículo 47 de la Carta reviste la máxima importancia en el marco del RGPD. Por ello, no parece adecuado, ni compatible con el considerando 147 del RGPD, entender que el artículo 79.2 RGPD sustituye a las normas generales sobre competencia judicial y, por tanto, priva a los interesados de la posibilidad de presentar sus demandas ante un tribunal competente, por ejemplo, sobre la base del fuero de la pluralidad de demandados del artículo 8.1 RBIBis o disposiciones similares, en su caso, del Convenio de Lugano o de las normas nacionales de los Estados miembros.²⁸ Del mismo modo, no debe privarse a los interesados de la posibilidad de solicitar medidas provisionales de conformidad con el artículo 35 RBIBis.

27. Por consiguiente, desde la perspectiva del ejercicio de acciones por parte de los interesados, el artículo 79.2 RGPD complementa los fueros disponibles en virtud del RBIBis y requiere que éstos se interpreten de modo que no priven de efecto útil al artículo 79.2.²⁹ En consecuencia, junto a los fueros previstos en el RGPD, los interesados tendrán a su disposición los establecidos en el RBIBis que resulten operativos en cada caso, como el fuero general del domicilio del demandado (art. 4 RBIBis, si bien normalmente coincidirá con un Estado miembro en el que el demandado tenga “un establecimiento” a los efectos del art. 79.2), los fueros basados en una relación de conexidad (art. 8 RBIBis que incluye el de la pluralidad de demandados), o el fuero especial en materia extracontractual del artículo 7.2 RBIBis.

28. En relación con la eventual utilidad del artículo 7.2 RBIBis, los criterios del art. 79.2 RGPD parecen no contemplar ciertas posibilidades que el interesado que ejercita una acción de indemnización podría tener en el marco del art. 7.2 RBIBis, en la medida en que se considere que éste no solo permite demandar por el conjunto del daño ante los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima sino también, aunque con un alcance limitado, ante los tribunales de otros lugares de manifestación del daño³⁰, como aquellos en los que se hayan divulgado los datos. En la práctica, los tribunales se basan a veces tanto en el artículo 7.2 RBIBis como en el artículo 79.2 RGPD para establecer su competencia sobre demandas relativas a actividades de infracción en línea.³¹ Además, no es raro que los demandantes presenten en el mismo procedimiento demandas fundadas en el artículo 79 del RGPD y otras demandas de responsabilidad civil relacionadas, como las basadas en el Derecho de la competencia,³² a las que no es aplicable el mencionado artículo 79.2.³³

29. En cuanto a los acuerdos de elección de foro, en la práctica será raro que un interesado invoque un acuerdo de elección de foro en detrimento de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros designados por el artículo 79.2 RGPD. Excepto en lo que se refiere a la posibilidad de elección concedida a los interesados a la hora de interponer una demanda contra un responsable o un encargado del tratamiento, el artículo 79.2 RGPD prevalece sobre un acuerdo de elección de foro, ya que las normas del RBIBis -como su art. 25- no pueden privar de eficacia al artículo 79.2 RGPD. La circunstancia de que las reglas del RBIBis no pueden producir el resultado de privar de su efecto útil al artículo 79.2 RGPD puede ser determinante para limitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción que pudieran existir entre el responsable y el interesado (que pueden abarcar controversias extracontractuales), en particular en situaciones en las que tales acuerdos se pretendan invocar para

²⁸ Vid. P. FRANZINA, “Jurisdiction regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation”, A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market (The Implications of the Digital Revolution)*, Intersentia, 2016, pp. 81-108, pp. 84 y 104.

²⁹ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet*, 2ª ed., 2024, Edward Elgar, apdos. 3.108-3.116.

³⁰ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdos. 41-44, y STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Giflix Tv*, C-251/20, U:C:2021:1036, apdos. 30 y 39.

³¹ Vid. resoluciones del *Rechtbank* de Ámsterdam de 30 de junio de 2021, NL:RBAMS:2021:3307, apdos. 5(1)-(46); y 12 de abril de 2023, NL:RBAMS:2023:2192, apdos. 4(1) and (2).

³² Vid. resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 15 de marzo de 2023, NL:RBAMS:2023:1407.

³³ Vid. resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488.

oponerse a la demanda de indemnización interpuesta por un interesado ante un tribunal competente en virtud del artículo 79.2 RGPD.³⁴

3. Referencia a la tutela colectiva

30. De cara al desarrollo de la tutela privada de la protección de datos personales, la facilitación en la UE de mecanismos de acción colectiva por interesados de diversos Estados miembros perjudicados por un mismo tratamiento reviste gran importancia. Se trata de una constatación muy relevante en un contexto en el que no es extraño que infracciones del RGPD afecten a un gran número de interesados, a quienes causen únicamente daños y perjuicios de pequeña cuantía.

31. El RGPD contempla expresamente la representación de los interesados y la tutela colectiva en su artículo 80. Su apartado primero establece el derecho de todo interesados a dar mandato a ciertas entidades para que le representen ejerciendo en su nombre los derechos contemplados en los artículos 77, 78 y 79, y el derecho a ser indemnizado del artículo 82 si así lo establece el Derecho del correspondiente Estado miembro. Como requisitos que deben reunir esas entidades impone el que no tengan ánimo de lucro, hayan sido correctamente constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro, tengan objetivos estatutarios de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos de los interesados en materia de protección de sus datos personales.

32. Por su parte, el apartado segundo del artículo 80 contempla la facultad de todo Estado miembro para disponer que cualquier entidad que cumpla esos mismos requisitos, tenga, con independencia del mandato del interesado, derecho a presentar en ese Estado miembro una reclamación ante la autoridad de control y a ejercer los derechos de los artículos 78 y 79, “si considera que los derechos del interesado con arreglo al presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento”. En su sentencia *Meta Platforms Ireland*³⁵ el TJ estableció que el artículo 80.2 RGPD no es obstáculo para que los Estados miembros atribuyan legitimación a asociaciones de defensa de los consumidores para ejercitar acciones por infracción de sus derechos bajo el RGPD en normas relativas a la protección de los consumidores o en materia de competencia desleal. La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que extiende su aplicación a acciones por infracción del RGPD, corrobora esa constatación, pues no excluye que existan mecanismos procesales adicionales en los Estados miembros y salvaguarda la posibilidad de utilizar los previstos en el artículo 80.2 RGPD para proteger los intereses colectivos de los consumidores.³⁶ La Directiva no incorpora reglas de competencia judicial.

33. El RGPD, y en concreto su art. 80, no introduce reglas de competencia específicas con respecto al ejercicio de acciones colectivas. Ante las carencias en materia de acciones colectivas del RBiBis, puede presentar singular interés la interpretación respecto de esas situaciones de las normas de competencia del art. 79.2 del RGPD.³⁷ En particular, la regla de competencia del art. 79.2 basada en la existencia de “un establecimiento” del demandado puede facilitar en la práctica la concentración ante los tribunales de un Estado miembro, como también puede suceder en función de la estructura empresarial

³⁴ F. JAULT-SESEKE, ‘Clauses attributives de juridiction et protection des données personnelles en droit international privé’, M. LAZOUZI (dir.) *Les clauses attributives de compétence internationale. De la prévisibilité au désordre*, Panthéon-Assas, 2021, p. 85.

³⁵ STJ de 28 de abril de 2022, *Meta Platforms Ireland*, C-319/20, EU:C:2022:322.

³⁶ Sobre estas cuestiones, con ulteriores referencias, *vid.* J.I. PAREDES PÉREZ, “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”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU y E. TORRALBA MENDIOLA (dirs.), *La protección...* cit. 351-410, pp. 369-370.

³⁷ *Vid.*, *v.gr.*, resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488, apdos. 5(8) y (12); y E. SILVA DE FREITAS, “The interplay of digital and legal frontiers: analyzing jurisdictional rules in GDPR collective actions and the Brussels I-bis Regulation”, *NIPR*, 2023, p. 227-42

del demandado mediante el recurso al fuero relativo a una pluralidad de demandados del art. 8.1 RBIbis. Tal circunstancia puede resultar de particular utilidad en relación con el ejercicio de acciones colectivas por parte de interesados procedentes de diversos Estados.

34. En la sentencia *Schrems*³⁸ el TJ puso de relieve que un consumidor no puede hacer valer el fuero de su domicilio con base en el artículo 18 RBIbis para acumular a la suya las pretensiones que frente al mismo demandado, y derivadas también de la infracción de las normas sobre datos personales, le han sido cedidas por otros afectados domiciliados en otros Estados miembros e incluso en terceros países. El objetivo de protección del consumidor como parte débil, que es propio de esa regla de competencia, determina que el artículo 18 RBIbis solo resulte de aplicación cuando el consumidor es personalmente demandante o demandado en el procedimiento.

35. Frente a la situación resultante de la mera aplicación de las reglas de competencia del RBIbis, como sucedía en la sentencia *Schrems*, a tenor del art. 79.2 RGPD, cualquier establecimiento del responsable o del encargado en un Estado miembro es relevante para atribuir competencia, lo que podría facilitar el ejercicio de acciones colectivas, por ejemplo, ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de alguno –pero no todos– los demandantes en el que, además, el responsable tenga un establecimiento. No se exige en el artículo 79.2 RGPD, a diferencia de su artículo 3.1, que la acción vaya referida a un tratamiento que tenga lugar en el contexto de ese concreto establecimiento (aunque puede plantearse la conveniencia de apreciar que la atribución de competencia resulta compatible en el caso concreto con la exigencia de previsibilidad para el demandado). Habida cuenta de la finalidad tuitiva de la norma del artículo 79.2, cabe interpretar que la competencia fundada en la existencia de un establecimiento del demandado se extiende al conjunto del daño que el tratamiento haya causado al interesado.

IV. Derecho aplicable

1. Alcance del RGPD y límites de la unificación

36. Los criterios del artículo 3 RGPD sobre su ámbito de aplicación territorial tienen carácter imperativo y son también determinantes cuando resulta preciso establecer si existe infracción del RGPD, en tanto que uno de los presupuestos del derecho a indemnización. El carácter internacionalmente imperativo de la legislación sobre protección de datos personales y su sometimiento a una conexión autónoma conforme al artículo 3 RGPD son plenamente coherentes con el significado en la UE como derecho fundamental de la protección de datos personales.³⁹

37. El RGPD no ha supuesto una unificación normativa completa, en especial con respecto a las cuestiones en las que contempla la adopción por los Estados miembros de especificaciones o restricciones,⁴⁰ lo que puede plantear la necesidad de determinar qué concreta normativa nacional resulta de aplicación para complementar al RGPD⁴¹. La eventual ilicitud de un concreto tratamiento por infringir el RGPD, uno de los presupuestos del derecho a indemnización del artículo 82, no debería variar en función de la autoridad o tribunal que conozca de una determinada reclamación o litigio. Los

³⁸ STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37.

³⁹ M. BRKAN, “Data protection and conflict-of-laws: challenging relationship”, *EDPL*, vol. 2, 2016, pp. 324-341, p. 333. La STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612 (apdos. 72-81) resulta indicativa de cómo la eventual ilicitud de ciertas cláusulas contractuales por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos personales es objeto de una conexión específica y diferenciada con respecto a la ley del contrato.

⁴⁰ M. GÖMANN, *Das öffentlich-rechtliche Binnenkollisionsrecht der DS-GVO*, Mohr Siebeck, 2021, pp. 81–116.

⁴¹ J. CHEN, “How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation”, *IDPL*, 2016, pp. 310-23, pp. 312-314; y M.E. ANCEL, ‘D’une diversité à l’autre. A propos de la “marge de manœuvre” laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l’Union Européenne’, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2019, pp. 647-663.

criterios para determinar la ilicitud de un concreto tratamiento de datos, por ejemplo, de un menor –o dicho de otro modo la edad que ha de tener el menor para que su consentimiento determine la licitud del tratamiento en un caso (art. 8 RGPD y, en España, artículo 7 Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)– deben ser los mismos con independencia de que la cuestión relativa a ese concreto tratamiento se plantee en el marco de una reclamación tramitada ante la autoridad de control de un Estado miembro o de otro, o en el marco de un proceso judicial –por ejemplo al hilo de una demanda de indemnización– que eventualmente se inicie ante los tribunales de un Estado miembro distinto que pueda tener competencia para conocer de la acción civil en cuestión.

38. En la medida en que lo apropiado es que opere un criterio común de Derecho de la Unión para establecer el Estado miembro cuya normativa “complementaria” del RGPD es aplicable para determinar la licitud o ilicitud del tratamiento conforme, cabe considerar que, aunque no esté diseñado para esa función, el artículo 3 RGPD puede servir de referencia.⁴² Normalmente la legislación complementaria aplicable habrá de ser, en aquellos ámbitos en los que no opere una estricta correlación entre autoridad competente y ley aplicable (como es propio de los aspectos relativos al procedimiento), la de establecimiento del responsable (solo si está situado en un Estado miembro) o la del Estado miembro en el que se encuentre el interesado. En el caso de las normas relativas al consentimiento de los menores, su fundamento parece aconsejar acudir en principio a esta segunda opción, cuya aplicación práctica se ve favorecida por el empleo generalizado de mecanismos de geolocalización. En otros supuestos, puede resultar más apropiado –y coherente con los fundamentos del mercado interior– el recurso a la ley del Estado miembro en el que el responsable o encargado del tratamiento tenga su establecimiento principal.

39. En otras situaciones el fundamento de las disposiciones nacionales que especifican lo previsto en el RGPD puede resultar determinante para concretar su ámbito de aplicación. Así cuando las especificaciones tienen que ver con el tratamiento de datos personales para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, cabe entender que debe estarse a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro que impone la obligación legal en cuestión, al que va referido la misión en interés público de que se trate o, en su caso, aquel que confiere al responsable el ejercicio de poderes públicos en cuestión.

2. Determinación de la ley aplicable

40. Si bien las normas del RGPD son aplicables, dentro de su ámbito territorial, por los tribunales de los Estados miembros para determinar si los derechos de los interesados con base en el RGPD han sido vulnerados por un tratamiento de datos, ello no excluye que sea preciso determinar conforme a las reglas de conflicto correspondientes, por ejemplo, la ley aplicable a los aspectos de la responsabilidad civil derivada de tal infracción no regulados por el RGPD. A estos efectos, el contenido normativo del artículo 82 RGPD, complementado por su considerando 146, es limitado, como resulta de la sección I, *supra*.

41. Por lo tanto, cuando se ejercitan acciones de indemnización en situaciones transfronterizas pueden plantearse complejas cuestiones de Derecho aplicable, tanto de delimitación –entre cuestiones de protección de datos sometidas a conexión autónoma a partir del art. 3 del RGPD, aspectos procesales regidos por la ley del foro y cuestiones de fondo regidas por la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales–, como de determinación de la ley aplicable, para las que lamentablemente el Derecho de la UE no siempre proporciona una respuesta⁴³.

⁴² M. GÖM; ANN, *Das öffentlich-rechtliche...* cit., pp. 529-738; y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict...* cit. Apdos. 3.125-3.128.

⁴³ *Vid.* C. KOHLER, “Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 52, 2016, pp. 653-675; L. DE LIMA PINHEIRO, «Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues», *AEDIPr*, vol. 18, 2018, pp. 161-192, pp. 164-190; y J.D. LÜTTINGHAUS, “Das internationale

42. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de normas sobre protección de datos personales es una materia en principio excluida del Reglamento (CE) 864/2007 o Reglamento Roma II. Conforme a su artículo 1.2.g) este Reglamento no es aplicable a “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», categoría que cabe entender que incluye las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado con infracción del RGPD.⁴⁴ Esta interpretación no excluye que otras reclamaciones extracontractuales que impliquen la infracción del RGPD entren en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. Por ejemplo, ese suele ser el caso de las demandas interpuestas contra un responsable del tratamiento por un competidor que emprende acciones legales basadas en las normas de competencia desleal contra una infracción de determinadas normas del RGPD por parte del responsable del tratamiento.⁴⁵

43. Dicha exclusión tiene como consecuencia que la ley aplicable en esta materia venga determinada por normas de conflicto nacionales, a falta de convenios internacionales, como sucede en el caso de España con el artículo 10.9 Cc. Se trata de un ámbito en el que es de lamentar la falta de avances en el seno de la Unión y en el que se mantienen significativas diferencias entre los Estados miembros.⁴⁶

44. Los intereses presentes en este concreto sector tienden a favorecer la aplicación de la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado, típicamente, en la residencia habitual (o centro de intereses) del interesado⁴⁷, lo que se corresponde al menos parcialmente con la evolución que en materia de competencia judicial internacional favorece el artículo 79.2 RGPD. No obstante, en la medida en que pueda operar un criterio de alternatividad –como en ocasiones se admite en la interpretación del artículo 10.9 Cc– podrá el demandante optar por invocar como lugar del daño alternativamente el del establecimiento del responsable del tratamiento en el marco del cual se desarrolle éste.⁴⁸

45. Como elemento adicional, cabe hacer referencia a ciertos condicionantes del mercado interior. Conforme a su artículo 2.4, el RGPD debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. El “ámbito coordinado” de esta Directiva, que según su cdo. 14 debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, incluye aspectos de Derecho privado y responsabilidad, lo que plantea la cuestión de en qué medida las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil derivada de la vulneración de las normas sobre datos personales pueden constituir restricciones a los efectos del principio de origen en

Datenprivatrecht: Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts”, *ZVglRWiss*, vol. 117, 2018, pp. 50-82; y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict...* cit. 3.128-3.134.

⁴⁴ *Vid.*, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation (The Law Applicable to Non-Contractual Obligations)*, OUP, 2008, p. 40; y M. THON, ‘Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO’, *RabelsZ*, 2020, pp. 24-61, p. 39. *Vid.* resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 30 de junio de 2021, NL:RBAMS:2021:3307, apdo. 8.21; y J. OSTER, ‘Gefällt Facebook nicht: Die Zählung eines Datenriesen durch Internationales Datenschutz-Privatrecht’, *IPRax*, 2023, pp. 198-205.

⁴⁵ Sobre ese tipo de acciones, T.F. WALREE y P.T.J. WOLTERS, ‘The right to compensation of a competitor for a violation of the GDPR’, *IDPL*, 2020, pp. 346-55, pp. 353-4. Por el contrario, quedan también al margen del Reglamento Roma II como consecuencia de su artículo 1.2.g) otras acciones sustitutivas, como las fundadas en la LO 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sobre estas últimas y su interacción con las acciones derivadas del art. 82 RGPD, *vid.* A. RUBÍ PUIG, ‘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*, 2019, 34, pp. 197-232, pp. 223-226.

⁴⁶ Proponiendo la existencia de una regla de conflicto implícita sobre el particular en el RGPD que lleve a la aplicación de la ley del Estado miembro del centro de intereses de la víctima (si bien el RGPD no utiliza ese concepto), *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU y E.C. TORRALBA MENDIOLA, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Tirant lo blanch, 2023, pp. 166-168.

⁴⁷ F. RIGAUX, ‘Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l’espace européen’, *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, 1998, pp. 425-441, p. 440; D. SANCHO VILLA, *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Madrid, 2010, pp. 99-107.

⁴⁸ *Vid.* P. MANKOWSKI, ‘Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht’, *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 206-294, p. 283.

esa Directiva⁴⁹. De dicho principio resulta la exigencia de que los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en un Estado miembro –en los términos de la Directiva 2000/31– no estén sometidos a requisitos más estrictos que los previstos en el Derecho material del Estado miembro de establecimiento⁵⁰.

3. Evaluación de los daños y la indemnización

46. La determinación de la legislación nacional complementaria del RGPD en los aspectos en los que este puede ser especificado por los Estados miembro es relevante para establecer si el tratamiento se produce con infracción del RGPD, lo que típicamente es presupuesto del derecho a indemnización. Ahora bien, la legislación aplicable a las cuestiones no reguladas en el artículo 82 RGPD ni en el de Derecho de la Unión con respecto a la indemnización y responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos vendrá determinada, en la medida en que no se trate de una cuestión regulada por el RGPD, por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual (en España, a falta de la elaboración de normas comunes en el seno de la UE, en principio, el art. 10.9 Cc).

47. A este respecto, cabe recordar que el RGPD carece de disposiciones relativas a la cuantificación de la indemnización a la que tiene derecho el interesado cuando una infracción del RGPD le haya causado daños y perjuicios, sin perjuicio de la unificación inherente al carácter autónomo del concepto de “daños y perjuicios materiales o inmateriales” empleado en su artículo 82 (véase sección II, *supra*). Como consecuencia de la ausencia de armonización en lo relativo a la cuantificación del daño, “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar” el derecho a indemnización del artículo 82 RGPD, así como los criterios para determinar la cuantía de la indemnización debida, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad⁵¹. En concreto, el principio de efectividad requiere comprobar que los criterios previstos en el Derecho del Estado miembro correspondiente para la determinación judicial de los daños y perjuicios no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho conferido por el artículo 82 RGPD.

48. El TJ ha afirmado reiteradamente, en contextos de reclamaciones sin dimensión transfronteriza, que como el RGPD carece de normas sobre la cuantificación de la indemnización a los efectos de su artículo 82, “en virtud del principio de autonomía procesal, los jueces nacionales deberán aplicar, a efectos de esta cuantificación, las normas internas de cada Estado miembro relativas al alcance de la indemnización pecuniaria, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.⁵²

49. Si bien el TJ hace referencia a la autonomía procesal de los Estados miembros, no debe perderse de vista que cuando se trate de determinar la ley del Estado miembro aplicable en situaciones transfronterizas, cuestiones como la evaluación de los daños y la cuantificación de la indemnización, o el plazo de prescripción de la acción, son cuestiones sustantivas a determinar, en principio, conforme a la ley aplicable a la obligación extracontractual de que se trate, y no directamente por la *lex fori*, en tanto que ley que rige el proceso. Es ilustrativo a ese respecto el artículo 15.c) y h) del Reglamento Roma II, aunque no resulte aplicable a esta materia.

50. En virtud de los fueros previstos en el artículo 79.2 RGPD -y la eventual aplicación complementaria del RBiBis- (sección III, *supra*), los interesados, al ejercitar las acciones tendentes a recla-

⁴⁹ *Vid.*, por analogía, STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209; y conclusiones del AG Bobek de 23 de febrero de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:124, apdos. 76-81.

⁵⁰ Véase en particular la sentencia *eDate Advertising y Martínez*, ya citada, apdo 67.

⁵¹ Sentencia *Österreichische Post*, apdo. 54.

⁵² Sentencias *Scalable Capital*, apdos. 32-33; y *juris*, apdo. 58, con referencia a las sentencias *Krankenversicherung Nordrhein* y *MediaMarktSaturn*.

mar los daños y perjuicios en virtud del artículo 82 RGPD, pueden tener la posibilidad de optar entre los tribunales de varios Estados miembros (por ejemplo, entre los del Estado miembro de la residencia habitual del perjudicado y los de cualquier Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento). Se trata de una circunstancia que debe vincularse con la diversidad normativa que subsiste en lo relativo a la fijación de la cuantía de los daños (y otras circunstancias como el plazo de prescripción de las acciones) entre los Estados miembros.

51. La opción por uno u otro foro condicionará la normativa procesal aplicable (como refleja el propio art. 82.6 RGPD). La *lex fori* resultará determinante con respecto a elementos como la admisión y al valor de los medios de prueba, por ejemplo, en relación con la prueba por parte del responsable de que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada.⁵³ Se trata de cuestiones típicamente regidas por la ley aplicable al proceso y no al fondo (aunque no resulte aplicable en esta materia, es significativo lo dispuesto en el art. 1.3 Reglamento Roma II).

52. Asimismo, la *lex fori* será decisiva en relación con las normas de conflicto que determinan la legislación de qué concreto Estado miembro resulta aplicable para complementar lo dispuesto en el artículo 82 RGPD respecto de las cuestiones no regulada por el RGPD y que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley rectora de la responsabilidad civil extracontractual.

⁵³ Sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdo. 54.