



**TESIS DOCTORAL**

**ANÁLISIS DE LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE  
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: RÉGIMEN DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE UN INCORRECTO  
TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES**

**ALEJANDRO PLATERO ALCÓN**

**R015 PROGRAMA DE DOCTORADO EN DESARROLLO TERRITORIAL SOSTENIBLE**

**2020**

**UNIVERSIDAD**



**DE EXTREMADURA**

**TESIS DOCTORAL**

**ANÁLISIS DE LA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE  
PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: RÉGIMEN DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE UN INCORRECTO  
TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES**

**ALEJANDRO PLATERO ALCÓN**

**R015 PROGRAMA DE DOCTORADO EN DESARROLLO TERRITORIAL SOSTENIBLE**

**La conformidad de los directores de la tesis consta en el original en papel de esta Tesis Doctoral**

**Fdo: Dr. Carlos Lasarte Álvarez**

**Fdo: Dr. Ángel Acedo Penco**

**2020**



*A mi madre y a mi padre,  
por enseñarme que la humildad  
es un valor que con orgullo debo portar*

*A mis abuelos Aquilino y Bernardo que,  
desde el cielo, me guían y acompañan*



## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la continua ayuda y la estrecha dedicación de sus directores, los profesores Carlos Lasarte Álvarez y Ángel Acedo Penco, siendo para ellos, justamente, mi principal agradecimiento en estas primeras líneas.

Además, al profesor Acedo Penco, mentor de este doctorando, deberé agradecer eternamente la confianza depositada desde mis primeros cursos de Grado como estudiante, contagiándome su vocación para seguir profesionalmente la vida universitaria y orientándome para superar las diferentes etapas hasta llegar al presente momento de defensa del proyecto de tesis. Igualmente reconozco aquí, con sumo agrado, la permanente disponibilidad del profesor Lasarte, quien me ha tendido su sabia mano amiga en los momentos y episodios más necesitados, en especial contribuyendo a lograr la Beca de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación, con la que ha sido financiada la labor durante estos años de elaboración del presente trabajo académico<sup>1</sup>.

También merecen mi agradecimiento sincero, el profesor Peralta Carrasco, de quien he aprendido y, seguro que seguiré haciéndolo muchos años más, las vicisitudes y entramados del mundo académico. En el mismo sentido, el profesor Silva Sánchez, quien desde el primer momento, supo aportar claves para la mejora de mi carrera académica.

No sería justo dejar de provechar esta oportunidad, para reconocer la continua labor de protección y apoyo recibidas, junto a los ya citados, de los principales miembros del

---

<sup>1</sup> El actual proyecto de tesis, titulado: “Análisis de la normativa europea y española de protección de datos personales: régimen de responsabilidad civil derivado de un incorrecto tratamiento de datos personales”, fue financiado con la beca de investigación del Ministerio de Educación (FPU) concedida en procedimiento competitivo, con referencia FPU 15/01621. Además, también se ha realizado una estancia competitiva financiada por el mismo organismo, para poder culminar el actual proyecto durante los meses de junio y julio del año 2019 en la Universidad de Kaunas (Lituania), con referencia EST 18/00632.

área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, con el profesor Román García a la cabeza, la profesora Fernández Arroyo, y la profesora Pérez Albuquerque, cuyos conocimientos y experiencias, impregnan una buena parte de la empresa académica que se desarrolla en las siguientes páginas.

Finalmente, debo agradecerle a mis seres queridos, áquellos que me han visto crecer, formarme, y a los que el desarrollo de esta tesis doctoral, les ha privado el pasar más tiempo a mi lado. En el recuerdo y agradecimiento, no solo se deben nombrar a los que se encuentran en la actualidad en mi vida, sino que también, a los que por diferentes motivos, se han marchado.

## ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>cit.</i>	obra citada con anterioridad, pero el autor tiene varias
GT 29	Grupo de Trabajo del Artículo 29
<i>Ibidem</i>	misma cita anterior en la misma página
LCU	Ley de Consumidores y Usuarios
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LPD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía derechos digitales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OCU	Organización de Consumidores y Usuarios
<i>op.cit.</i>	única o última obra del mismo autor citada anteriormente
p./pp.	página/páginas



RGPD	Reglamento Europeo de Protección de datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
ss.	y siguientes

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	14
<b>CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....</b>	<b>22</b>
I. ORÍGENES Y FUNCIONES ESENCIALES.....	22
II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARÁCTER CONTRACTUAL .....	30
A) Discusión sobre el concepto de responsabilidad civil extracontractual .....	30
B) Los criterios de imputabilidad de la responsabilidad.....	40
III. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	53
A) Aproximación al sistema de responsabilidad subjetivo.....	53
B) Los elementos generadores de la responsabilidad civil extracontractual .....	57
C) El régimen de responsabilidad civil por hechos ajenos y la responsabilidad civil de carácter objetivo.....	72
IV. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD .....	80
A) Elementos distintivos entre ambos regímenes .....	80
B) Puntos de conexión entre ambos regímenes: la concurrencia de acciones .....	88
<b>CAPÍTULO II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS .....</b>	<b>98</b>
I. ORÍGENES Y CONCEPTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES .....	98
A) El derecho a la privacidad del individuo .....	98
B) Aproximación al concepto de derecho fundamental a la protección de datos.....	104
II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL, COMUNITARIA E INTERNACIONAL, DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS .....	106
A) Orígenes y configuración del derecho a la privacidad .....	107

B) Los avances legislativos y jurisprudenciales emanados en la Unión Europea, configuradores del actual sistema de protección de datos personales .....	119
III. LA INICIAL NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA .....	135
A) Orígenes del derecho a la protección de datos personales en España .....	135
B) La Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: su decisiva importancia.....	145
IV. LA RECIENTE REGULACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA .....	151
A) El Reglamento de Protección de Datos europeo y su incidencia en la actual regulación nacional del derecho fundamental a la protección de datos personales..	151
B) El régimen de responsabilidad civil derivado de incumplimientos en la normativa de protección de datos personales.....	168
<b>CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TITULARES LOS MOTORES DE BÚSQUEDA: EL DERECHO AL OLVIDO .....</b>	<b>176</b>
I. ¿QUÉ ES EL DERECHO AL OLVIDO? .....	176
A) Los motores de búsqueda en Internet: concepto y funcionamiento.....	176
B) Concepto y denominación del derecho al olvido.....	182
II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO AL OLVIDO: LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	188
A) El reconocimiento jurisprudencial del derecho al olvido: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2014 .....	188
B) El TJUE como configurador del derecho al olvido: alcance y límites .....	201
III. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO AL OLVIDO .....	207
A) En la vigente regulación comunitaria .....	210
B) En la actual legislación española .....	215
IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .....	218
A) Análisis de las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo .....	219
B) El criterio restrictivo en la interpretación del ejercicio del derecho al olvido seguido por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo .....	228

C) El derecho al olvido es aplicable a las hemerotecas digitales de los periódicos en Internet, según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional..... 233

## V. LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS MOTORES DE BÚSQUEDA ..... 237

A) Fundamento indemnizatorio de los daños producidos por las violaciones del derecho a la protección de datos: ¿autonomía o dependencia de los mecanismos previstos para infracciones del derecho al honor, intimidad e imagen?..... 237

B) La responsabilidad civil derivada del incorrecto tratamiento de los datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ..... 245

## CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS REDES SOCIALES ..... 251

### I. LA VERDADERA ACTIVIDAD DE LAS REDES SOCIALES ..... 251

A) La teoría de los seis grados de separación y el uso de las redes sociales ..... 251

B) Concepto y actividad de las redes sociales: el paradigma de *Facebook*..... 259

### II. LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS SOBRE *FACEBOOK* RESUELTAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA ..... 264

A) Aportaciones esenciales de la STJUE de 6 de octubre del año 2015: *Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner* ..... 264

B) Contribuciones fundamentales de la STJUE de 25 de enero de 2018: *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*..... 274

C) Postulados clave de la STJUE de 5 de julio de 2018: *Wirtschaftsakademie* ..... 283

D) Determinaciones básicas de la STJUE de 29 de julio de 2019: *Fashion ID* ..... 289

E) Principios sustanciales de la STJUE de 3 de octubre de 2019: *Facebook vs. Glawischnig-Piesczek* ..... 294

### III. LAS VIOLACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PROTAGONIZADAS POR LAS REDES SOCIALES ..... 297

A) La resolución 01870/2017 de la Agencia Española de Protección de Datos contra *Facebook* por incorrectos tratamientos de datos realizados de sus usuarios: especial importancia a la violación del principio de consentimiento ..... 297

B) El deber de custodia de los datos personales por parte de los proveedores del servicio de la red social: las actuales brechas de seguridad y su repercusión jurídica ..... 309

IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS REDES SOCIALES .....	317
A) Aspectos esenciales del contrato entre la red social y el usuario .....	317
B) Las acciones civiles colectivas de carácter indemnizatorio derivadas del incorrecto tratamientos de los datos personales por proveedores de redes sociales .....	326
CONCLUSIONES.....	331
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	355
FUENTES LEGISLATIVAS CITADAS .....	396
JURISPRUDENCIA CITADA .....	398

## INTRODUCCIÓN

Sabido es, que la sociedad evoluciona a pasos agigantados y el Derecho, a su vez, tiene como una de sus finalidades principales dar respuesta a los problemas que se suscitan en la comunidad, también en un mundo que avanza vertiginosamente con la incorporación de nuevas tecnologías de la información y comunicación a la vida privada diaria de casi la totalidad de los individuos que integran la población mundial. Sin embargo, el Derecho en general, y el Derecho privado en especial, no suele ser tan dinámico como aquellos avances tecnológicos, sino que su natural rigidez impide, en determinadas ocasiones solucionar conflictos jurídicos que aparecen con una inmediatez pasmosa. Pero ahora, el Derecho está llamado a dar respuestas, en muy poco espacio de tiempo, a controversias hasta hace poco inimaginables, como, por ejemplo, las derivadas de la responsabilidad por la conducción de vehículos autónomos, o las ocasionadas por sistemas automáticos de realización de tareas en el hogar mediante aplicaciones móviles, o entre tantas otras, las relacionadas con el reconocimiento facial de los sujetos en los sistemas de pago como extinción de las obligaciones a través de tal mecanismo.

Estas controversias, de carácter netamente jurídico, ya cotidianas, requieren soluciones que exigen cierta inmediatez, tal como ocurriera hace diez años, cuando las redes sociales y los motores de búsqueda en Internet irrumpieron en la Sociedad y lo que entonces se podría pensar que sería lejano es hoy una realidad generalizada que produce miles de conflictos diarios. Así, aquellas controversias ya han acaecido, ya se están desarrollando en la sociedad y, las que interesan al presente estudio, con independencia de sus posibles repercusiones administrativas o penales, son la de carácter civil, derivadas de un derecho fundamental, el derecho fundamental a la protección de los datos personales. Ante ello, cabe preguntarse, ¿tiene el Derecho mecanismos para resarcir a los perjudicados aquellos daños y perjuicios generados por unos incorrectos, indebidos o ilícitos, tratamientos de

sus datos personales? La respuesta habría de ser afirmativa, pero requiere una formulación más categórica desde la óptica del Derecho privado, habida cuenta del notorio ayuno, en nuestro panorama patrio, de trabajos doctrinales sobre la cuestión que aborden esta materia en el sentido que se acomete en el presente trabajo.

Muy sintéticamente, el objetivo esencial que tratamos de acometer en las siguientes páginas, viene a ser doble:

- Por un lado, tratar de establecer una consecuencia jurídica derivada de la realización de un incorrecto tratamiento de los datos personales de un individuo: cuando se produzca un daño este ha de ser indemnizable, es decir, se generará el derecho a obtener una reparación económica, esto es, la responsabilidad civil, indemnización que deberá ser abonada por el responsable del tratamiento, o el encargado, cuando lo hubiera, y que, como consecuencia de su actividad, hubiese provocado el daño resarcible. El derecho fundamental a la protección de datos personales se ha estudiado desde el punto de vista de las diferentes disciplinas jurídicas, pero la doctrina civilista, sin embargo, ha encontrado reticencias a la hora de abordar su análisis, desgranándose en este trabajo, las consecuencias indemnizatorias civiles derivadas de daños producidos como consecuencia de incorrectos tratamientos de datos.

- Por otro lado, el segundo objetivo será catalogar, en cada caso, a la posible responsabilidad civil que se pueda derivar del incorrecto tratamiento de datos, como de carácter contractual o extracontractual. Para ello, se tomará como paradigma, tanto el tratamiento de datos realizado por los motores de búsqueda, llegando a la conclusión, por lo general, de que si en su actividad se producen una serie de daños, que serán clasificados como extracontractuales, como los provocados por la actuación de las redes sociales,

catalogando a estos otros daños al derecho fundamental a la protección de datos de sus usuarios, como de carácter contractual, todo ello con multitud de matices.

Formulados los objetivos de la presente investigación, resulta oportuno esbozar someramente su estructura, dividiéndose en cuatro grandes bloques o capítulos:

En el primer capítulo, se realizará un análisis de los principales pilares de la institución de la responsabilidad civil. Recuérdese, que si el primer objetivo del presente trabajo, era fijar las bases de las consecuencias civiles que se generan como consecuencia de los daños provocados por incorrectos tratamientos de datos personales, que no son otras, que el derecho por parte del dañado a obtener una reparación económica, mediante la interposición de una acción de responsabilidad civil, es por tanto preciso conocer los principales rasgos de la institución. Además, en este primer capítulo, se expondrán también los aspectos esenciales de los dos regímenes de responsabilidad civil existentes: el contractual y el extracontractual, ya que, también resultará necesario conocer los pilares básicos de cada tipo de responsabilidad, debido a que, nuestro segundo objetivo radicaba, precisamente, en catalogar como extracontractuales los daños derivados de incorrectos tratamientos de datos realizados por los titulares de los motores de búsqueda y, como contractuales, los producidos por los las empresas proveedoras de información que crea, mantienen y explotan las redes sociales. Se expondrán, también, sus principales diferencias y las zonas grises entre ambos sistemas de responsabilidad civil.

En el segundo capítulo, se estudiará con cierta profundidad el “nuevo” derecho fundamental a la protección de datos personales. Se narrarán sus orígenes, configurado fundamentalmente como un derecho a la privacidad, analizando las primeras regulaciones internacionales al respecto, que realmente no empezó a conformarse como un auténtico derecho autónomo, hasta la promulgación de la *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 respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, instrumento que sentó las bases del reconocimiento y protección de este derecho, durante más de veinte años en los países de la Unión Europea. También se hará mención, a los principales, y decisivos, pronunciamientos formulados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que en su jurisprudencia, ha ido extendiendo la protección de los titulares del derecho fundamental a la protección de datos, frente, fundamentalmente, a la actividad de los proveedores de las nuevas tecnologías que suministran una serie de servicios de telecomunicaciones, a cambio de una recogida indiscriminada de los datos personales de sus usuarios.

Se expondrá el régimen normativo existente sobre el derecho fundamental a la protección de datos, destacando, en especial y más conocido, *Reglamento General de Protección de Datos Personales de 27 de abril del año 2016*, instrumento que ha reformado todo el sistema de protección de datos en la Europa comunitaria, obligando a España a derogar su anterior Ley sobre la materia y aprobar la reciente *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*. Del conjunto normativo actual, se prestará especial atención al régimen de responsabilidad civil allí previsto, analizando, con detalle, el contenido del artículo 82 del citado *Reglamento General de Protección de Datos* comunitario que reconoce el derecho a obtener una reparación de los daños materiales e inmateriales, por parte de quien sufra, y acredite, un daño derivado del incorrecto tratamiento de sus datos personales.

En el tercer capítulo, se explicarán las consecuencias derivadas de un defectuoso tratamiento de datos personales realizado por los motores de búsqueda en Internet (*Google*, especialmente), considerando a los daños que se deriven de la citada actividad, como extracontractuales. Para ello, se recurrirá a la figura del “derecho al olvido”,

exponiendo su concepto, antecedentes y regulación actual, prestando especial atención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, el conocido como asunto *Google* contra la *Agencia Española de Protección de Datos*, donde el citado Tribunal, declaró expresamente que la actividad realizada por el motor de búsqueda se correspondía con un verdadero “tratamiento de datos personales” y que por tanto, en su actuación, se debe respetar la normativa comunitaria de protección de datos. Se defenderá en estas páginas el derecho al olvido, como un instrumento que permitirá “desindexar” ciertos contenidos mostrados por los resultados de buscador (como *Google* y otros), al introducir los datos personales de nombre y apellido de un determinado sujeto, contenidos que aunque pueden ser veraces, el paso del tiempo los suele haber convertidos en meros resultados sin relevancia social, cuyo mantenimiento pueden provocar un daño, muchas veces grave, para la vida del sujeto afectado, su profesión, su entorno social y su familia. Sujeto que puede dirigir una solicitud al citado buscador e, incluso, ante los titulares de las hemerotecas de los diarios digitales de Internet, para pedir la retirada de la información, petición que si no es atendida, y se acredita un daño, dará lugar al nacimiento de una responsabilidad civil de tipo extracontractual.

Se analizarán también las sentencias del Tribunal Supremo del Reino de España sobre dictadas sobre esta cuestión, considerando desencaminado, en nuestra opinión, aunque ello no es pacífico en la doctrina, el argumento utilizado muchas veces por los perjudicados al reclamar una indemnización a causa de los citados daños, ya que, como se expondrá, nos parece equivocada la equiparación del régimen previsto para la violación de los derechos de la personalidad como el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen con el derecho a la protección de datos personales.

En el cuarto y último capítulo del trabajo, se examinará el tratamiento de datos en las redes sociales, considerando que si en su actuación produce daños a sus usuarios,

aquellos, deben ser considerados de carácter contractual. Tomando como ejemplo a la red social más importante en la actualidad, es decir, el gigante *Facebook*, se mostrará el concepto, régimen jurídico y tipología de las redes sociales, incidiendo en su verdadera actividad, la publicitaria, mediante la captación, tratamiento y cesión posterior de los datos de sus usuarios e, incluso de los no usuarios, ya que, como se expondrá, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha acreditado que, la red social *Facebook* recoge datos de no usuarios, cuando éstos visitan una página web, donde se encuentra presente el conocido como botón “*Me gusta*”. Se compararán de igual modo, los diferentes pronunciamientos emanados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se han interpretado cuestiones claves, como el reconocimiento de la condición de “consumidor” a los usuarios de las redes sociales o, la corresponsabilidad en el tratamiento de datos por los administradores de una página de *Facebook* junto a una red social.

Se expondrán igualmente con detalle, dos de los supuestos más comunes de generación de daños derivados de incorrectos tratamientos de datos por parte de las redes sociales, en concreto, el incumplimiento del deber de informar, viciando así el consentimiento otorgado por los usuarios de las redes al aceptar las “políticas de privacidad”; y, también, las violaciones de un deber clásico en el tratamiento de los datos personales, el conocido como deber de seguridad, regulado como un “principio” del tratamiento y una “obligación” del responsable y del encargado del tratamiento.

Se indagarán las condiciones existentes para determinar como contractuales los citados daños, partiendo del análisis del artículo 1261 del Código civil, donde entre otras aspectos, no se exige, como contraprestación, la entrega de una determinada cantidad de dinero u otro objeto valorado patrimonialmente, para el uso de las redes sociales, catalogando a la citada relación como contractual, proveniente de la realización de un contrato de adhesión, configurado entre una parte débil, el consumidor y, otra parte, de

enorme poder económico y jurídico, como son los gigantes proveedores de redes sociales que, establecen de forma unilateral, las condiciones contractuales de la relación. En último lugar, se exhibirá una de las novedades introducidas por el *Reglamento General de Protección de Datos* comunitario, esto es, la posibilidad de entablar acciones colectivas, exigiendo una reparación civil derivada de daños producidos a un número elevado de sujetos.

Se rematará lo desarrollado en las siguientes páginas con una serie de conclusiones numeradas que sinteticen el contenido en el presente trabajo de investigación.



## CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se expondrá en los siguientes apartados, la violación del derecho fundamental a la protección de datos puede ocasionar un daño exigible que genere una determinada responsabilidad civil, que en ocasiones tendrá carácter contractual y en otras en cambio, adoptará la forma de responsabilidad civil extracontractual, siendo obligado, por tanto, aproximarse, aunque sea de forma breve, a ambos regímenes de responsabilidad.

### I. ORÍGENES Y FUNCIONES ESENCIALES

La realización por el hombre de cualquier actividad con trascendencia jurídica puede producir un daño a otro sujeto, debiendo articular el Derecho algún mecanismo que faculte al sujeto dañado poder resarcirse del citado perjuicio. Debe destacarse que la anterior evidencia, ya fue apuntada por el jurisconsulto romano<sup>2</sup> más importante por antonomasia que escribió aquello que una de las tres principales reglas del Derecho era el no causar daño a los demás (*alterum non laedere*)<sup>3</sup>.

En estas épocas primitivas la venganza *inter partes*, solía erigirse fundamentalmente como la vía de reparación del daño sufrido, no importando en ningún momento la causa de la acción, sino el resultado<sup>4</sup>, predominando la idea de que, “la fuerza incita a la fuerza; el que ha sido lesionado trata de vengarse, de devolver el mal con el mal”<sup>5</sup>. Luego, los propios individuos fueron adoptando acuerdos voluntarios donde el sujeto que producía el daño lo reparaba de forma económica pero, existen autores que destacan la presencia

---

<sup>2</sup> ULPiano, D., *Reglas*, Libro I, máxima recogida en el *Digesto* 1.2.10.1. Las dos otras reglas fundamentales también con una notable importancia aun con el paso del tiempo fueron, la de vivir honestamente (*honeste vivere*) y la de dar a cada uno lo suyo (*sum cuique tribuere*).

<sup>3</sup> El *alterum non laedere* es considerado como un principio general del Derecho, como puede verse en OSTOS PALACIO, L., “Reflexiones acerca del principio *alterum non laedere* a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 1, 2006, pp. 489 a 496.

<sup>4</sup> MAZEAUD, L., y TUNC., A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, volumen 1º, editorial E.G.E.A, Buenos Aires, 1977, p. 36.

<sup>5</sup> IHERING, *Études complémentaires de l'esprit de Droit romain. De la faute en Droit Privé*, Paris, 1880, p. 10 y siguientes.

en las leyes bárbaras de la época franca, que incluían una especie de tarifas que se recogían oficialmente por la autoridad pública, en virtud de las cuales el ofendido abandonaba la idea de la venganza personal<sup>6</sup>.

La institución que hoy se conoce como responsabilidad civil, a pesar de que ULPIANO expresara el principio de no causar daño a los demás, no se encontraba vigente en el Derecho Romano de la primera época, donde, “la respuesta al daño era de naturaleza exclusivamente sancionatoria y si bien en las *XII Tablas* se alude a su reparación, esto solo se concebía a través de un pacto entre dañante y dañado, por lo que la compensación pecuniaria sustituía a la pena corporal”<sup>7</sup>.

Sería la conocida como *Lex Aquilia de damno* del siglo III antes de Cristo, que ya “contemplaba acciones de reparación global”<sup>8</sup> y constituye los verdaderos cimientos donde se asienta la institución de la responsabilidad civil, ya que sustituyó la pena por el daño causado, por la reparación material del daño. Así se expresa algún autor considerando que, “la *lex Aquilia* va a representar la evolución de la vieja concepción de la pena a una de carácter resarcitorio; de la pena entendida como aflicción personal del dañante, a través de un largo recorrido, se concluyó en un verdadero resarcimiento”<sup>9</sup>.

Con el paso del tiempo los ordenamientos jurídicos fueron adoptando la idea de quien causa un daño debe repararlo, de suerte tal que, “la sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica;

---

<sup>6</sup> VINEY, G., *Traité de Droit civil, tomo IV (Les obligations. La responsabilité: effects)*, editado por Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982, p. 91.

<sup>7</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 64 y siguientes.

<sup>8</sup> ACEDO PENCO, A. y SILVA SÁNCHEZ, A., *La obligatio en el Derecho romano. Evolución histórico-jurídica y su proyección en el Derecho civil actual*, editorial Dykinson, Madrid, 2019, pp. 155 y 156. También puede profundizarse el estudio de esta pionera ley romana acudiendo a la obra de CORBINO, A., *Il danno qualificato e la “lex Aquilia”*, editorial Cedam, Milán, Italia, 2005.

<sup>9</sup> AEDO BARRENA, C.E., “La cuestión causal en la “lex Aquilia” y su solución mediante el mecanismo de la culpa”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, número 37, 2015, p. 49.

el autor del daño responde del mismo, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima”<sup>10</sup>.

Una vez establecido el origen de la actual figura de la responsabilidad civil, conviene adelantar, que la misma se utiliza tanto en los supuestos<sup>11</sup> donde el daño se ha producido en el seno de una relación contractual como en los casos donde no existiera relación previa entre dañante y dañado, así, “la responsabilidad civil surge tanto en las situaciones en la que existía un contrato previo entre las partes, como en los casos en los que no había relación previa alguna, por lo que, según el caso habría de atenerse al carácter contractual o no de la situación, ya que ambos son regímenes jurídicos diversos”<sup>12</sup>. Aunque, a pesar de existir notables diferencias, en ocasiones ambos regímenes se confunden o se utilizan inadecuadamente ante los Tribunales.

En relación a las funciones que sigue el sistema de responsabilidad civil, debemos destacar que no existe unidad de criterio respecto a las mismas en la doctrina<sup>13</sup> siendo, tal vez, las formuladas por MONATERI las más representativas de la figura: la función preventiva, compensatoria y sancionadora<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, p. 21.

<sup>11</sup> No solo puede distinguirse entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, sino que pueden establecerse las siguientes clasificaciones aparte de la anterior y principal: 1) Responsabilidad civil extracontractual con origen en un ilícito civil o de índole penal, 2) Responsabilidad civil extracontractual subjetiva por culpa, u objetiva por riesgo causado, 3) Responsabilidad directa o indirecta por hechos ajenos y, 4) Responsabilidad principal o subsidiaria. Véase al respecto la obra de DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 9ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 543 y 544.

<sup>12</sup> ACEDO PENCO, A., *Derecho de Contratos: Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 3ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2019, p. 248.

<sup>13</sup> Por ejemplo Fernández distingue funciones en base a dos perspectivas, así desde la perspectiva diádica la responsabilidad civil tendría la función satisfactoria, de equivalencia y distributiva, mientras que desde la perspectiva sistémica tendría una función incentivadora y preventiva. Obsérvese al respecto FERNÁNDEZ CRUZ, G., “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. La óptica sistémica”, en *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, número 22, 2001, pp. 11 a 33.

<sup>14</sup> MONATERI, G., *La responsabilitá civile*, editorial Utet, Turín, 1998, pp. 19 a 27.



Respecto a la *función preventiva* de la institución de la responsabilidad civil se ha escrito que, “como puede apreciarse, la función de prevención (o preventiva) busca que se tomen precauciones razonables a fin de evitar la ocurrencia de daños. No obstante, como se podrá entrever, resulta aconsejable y eficiente la existencia de cierto nivel de daños, por lo que la función preventiva se vale de otros conceptos para definir en qué casos resulta exigible la toma de precauciones y, en esta misma línea, el nivel de costos en que resulta eficiente incurrir en la toma de las mismas”<sup>15</sup>. En función de lo descrito con anterioridad, parece que la doctrina es pacífica en considerar a la función preventiva como un actor secundario o complementario de otras funciones de la responsabilidad civil y, en concreto, de su principal función conocida como compensatoria o reparatoria<sup>16</sup>.

Además, la función preventiva ha sido abordada en numerosas ocasiones desde un prisma económico, dentro de la teoría conocida como “*welfare economics*”, que enfoca su interés en limitar el coste de los accidentes, con la intención de obtener una mayor eficiencia económica<sup>17</sup>. A modo de síntesis podrían resumirse en dos los postulados de la doctrina económica de la responsabilidad civil<sup>18</sup>: 1) La función de prevención debería albergar un carácter primario en el sistema de responsabilidad civil, ya que, “es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez se hayan producido y, en cambio no haga nada por evitarlos”<sup>19</sup> y 2) el cálculo

---

<sup>15</sup> VELARDE SAFFER, L., “Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y supuestos limítrofes”, *Ius: La Revista*, nº 36, 2008, p. 266.

<sup>16</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS de 26 de julio de 1985”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 9, 1985, pp. 2907 y siguientes.

<sup>17</sup> GÓMEZ POMAR, F., “European Contract Law and Economic Welfare. A view from Law and Economics”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 1, 2007, pp. 10 y siguientes.

<sup>18</sup> Sistematizados en la obra de GÓMEZ POMAR, F., y PASTOR PRIETO, S., “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: análisis económico del derecho”, en *Revista Anuario de Derecho Civil*, volumen 43, número 2, 1990, pp. 495 a 538.

<sup>19</sup> CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Madrid, editorial Ariel, 1984, p. 79.

del coste de las medidas de prevención deberán minimizar el coste de la reparación de futuros accidentes<sup>20</sup>.

Ahora bien, a pesar de lo anterior siguen existiendo numerosas críticas centradas en considerar a la función preventiva de la responsabilidad civil como una función secundaria de la compensatoria o reparatoria, así, resulta “indiscutible que, en lo fundamental, la función disuasoria de conductas potencialmente dañosas que alcancen un determinado grado de intolerabilidad corresponde a los órdenes penal y administrativo”<sup>21</sup>.

*La función compensatoria o reparatoria*, quizás la más importante de las tres, pone su acento en el daño sufrido, que debe ser reparado para satisfacer el perjuicio sufrido por el acreedor. Sobre la misma se ha escrito que “más que una finalidad conforme a la cual se deben interpretar las normas de Derecho de daños, constituye una suerte de descripción genérica del funcionamiento del sistema (...), si bien, a pesar de este carácter inicialmente descriptivo, la existencia de la finalidad reparatoria o resarcitoria del sistema influye notablemente en la construcción e interpretación del mismo (...). Así, la finalidad reparatoria impide que el sistema de responsabilidad sea construido exclusivamente como un sistema preventivo-punitivo de conductas ilícitas al modo del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador”<sup>22</sup>.

Resulta interesante destacar que, como sostiene CARRASCO PERERA, el deudor en materia de responsabilidad, es decir, quien crea un perjuicio a otro como consecuencia de una acción u omisión, no va a responder o reparar su daño porque *deba nada*, sino que responderá por el daño creado con su acción u omisión tanto en la esfera contractual como

---

<sup>20</sup> SCHÄFER, B., y OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, editorial Tecnos, 1991, pp. 98 y 99.

<sup>21</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p. 73.

<sup>22</sup> PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, editorial Comares, Granada, 2002, pp. 200 y 201.

en la esfera extracontractual, ya que sino “se olvida la función de reparación del daño, que le es propia”<sup>23</sup>.

Esta función, viene a considerarse como uno de los antecedentes o sustentos de las voces que consideran que la disciplina de la responsabilidad civil debería denominarse al igual que ocurre en el mundo anglosajón con el Derecho de Daños (*Low of torts*)<sup>24</sup>, cuyo concepto ha sido definido por el profesor LASARTE como “un subsector del Derecho Privado patrimonial en el que el nacimiento de las obligaciones de produce a consecuencia de la realización de una serie de actuaciones y omisiones de carácter negligente que conllevan la necesidad de reparación a favor del perjudicado”<sup>25</sup>.

En último lugar, la *función sancionadora o punitiva*, quizás se la más controvertida<sup>26</sup>, no en vano la jurisprudencia niega esta función en numerosas sentencias<sup>27</sup>, como la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de noviembre de 2000, donde se afirma que, “*las materias relativas a la responsabilidad contractual y a la denominada responsabilidad extracontractual no tienen carácter sancionador*”.

Autores que si la admiten, aunque con una eficacia limitada, afirman que, “por un lado, representa para la víctima, la ‘liberación’ de la pérdida ocasionada por el daño; por otro,

---

<sup>23</sup> CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101 CC” , en la obra *colectiva Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, coordinada por Albaladejo García, M., et al, editorial Edersa, Madrid, 2004, p. 17.

<sup>24</sup> ITURRASPE MOSSET, J., “Introducción a la Responsabilidad Civil. Las tres concepciones”, en la obra colectiva *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 30.

<sup>25</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Obligaciones, Principios II*, 23ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 289.

<sup>26</sup> Se niega expresamente la existencia de la función punitiva en el ámbito de la responsabilidad civil, entre otras, en la obra de MARTIN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en la obra colectiva *Centenario del Código civil (1889-1989)*, editada por el Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, Vol. 2, 1990, pp. 1231 a 1274.

<sup>27</sup> A parte de la citada en el texto pueden destacarse STS (Sala Penal) de 25 de mayo de 2002, la cual establece que: “*El daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima y, por tal razón, se debe establecer con finalidad reparadora y sin ninguna vinculación punitiva*”; o la STS de 25 de noviembre de 2002, “*escapa a la finalidad resarcitoria o compensatoria del precepto legal para entrar en los daños punitivos, en contra del criterio jurisprudencial que niega la posibilidad de su aceptación en nuestro ordenamiento civil*”.

representa para el responsable (que es quien lo paga) una presión de tipo económico que pretende desincentivar futuras conductas generadoras de daños, tanto en él, como en aquellos que pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias”<sup>28</sup>.

La función sancionadora sirve para introducir un intenso debate, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, en relación a la distinción existente entre el ilícito civil y el ilícito penal, distinción en ocasiones, “llena de dificultades y de zonas borrosas”<sup>29</sup>. En efecto, el artículo 1089 del Código civil<sup>30</sup> (CC) establece que:” las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, es decir, el mismo establece en su segundo inciso, y en conexión con lo establecido en los artículos 1092 y 1093 del CC<sup>31</sup>, que se puede generar una responsabilidad derivada de un acto ilícito penal, que si produce daños serán exigidos conforme a las disposiciones establecidas en la legislación penal<sup>32</sup>, y una responsabilidad civil, causadora de daños pero no constitutiva de infracción penal, que se sustanciará por las normas establecidas por el Código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Fruto de la anterior distinción es frecuente el uso en la práctica de dos términos: el de la responsabilidad civil derivada del delito (*ex delicto*) y el de la responsabilidad civil pura, donde se encuentran los grandes sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual que interesan al objeto del presente trabajo. Ahora bien, esta dualidad,

---

<sup>28</sup> FALLA, A., y PIZARRO, L., *El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores*”, en Revista *Themis*, número 20, 1991, p. 100.

<sup>29</sup> SANTOS BRIZ, J ., “La culpa en Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1967, página 614.

<sup>30</sup> Artículo 1101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<sup>31</sup> Artículo 1092 CC: “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”. Artículo 1093 CC:” Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del” capítulo II del título XVI de este libro”.

<sup>32</sup> Obsérvese ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 10 y siguientes.

es criticada con dureza por parte de la doctrina<sup>33</sup>, como puede observarse en la opinión de diferentes autores que consideran, “la responsabilidad civil deriva solo del daño, y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la obligación, como tampoco la modificará el que el hecho tenga repercusiones en otros sectores del ordenamiento”<sup>34</sup>.

La explicación de esta regulación penal de supuestos de responsabilidad civil, obedece quizás, a razones históricas. En efecto, el primer Código penal apareció en España en el año 1822, pero debido fundamentalmente a los problemas derivados de las legislaciones forales, el Código civil no se aprobó hasta el año 1889, debiendo regularse con anterioridad en el Código penal una serie de normas sobre la responsabilidad civil originada por delitos<sup>35</sup>. A partir de la aprobación de la norma civil sustantiva, quizás hubiera sido más idóneo que la responsabilidad civil derivada del ilícito penal se hubiera regulado por las mismas reglas que el resto de responsabilidad civil, en concreto la extracontractual, ya que, “las obligaciones civiles nacidas del delito lo son independientemente de su valoración punitiva, es decir, que existirían igualmente aunque el Código Penal no se ocupara de ellas”<sup>36</sup>.

La jurisprudencia también ha criticado dicha dualidad en diversas ocasiones, así, por ejemplo, la STS (Sala Penal) de 10 de octubre de 2006: “*La responsabilidad civil ex delicto no es diferente de la responsabilidad civil extracontractual ordinaria de los artículos 1902 y siguientes del Código civil*”, o la STS (Sala Penal) de 14 de marzo de 2003: “*La*

---

<sup>33</sup> PANTALEÓN, F., “Perseverare diabolicum ¿Otra vez la responsabilidad civil en Código Penal?, en *Revista Jueces para la democracia*, número 19, 1993, p. 7 y siguientes.

<sup>34</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos efectos o consecuencias*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 70.

<sup>35</sup> DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, volumen 40, número 3, 1987, pp. 798 y siguientes.

<sup>36</sup> SILVA MELERO, V., *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, editorial Reus, Madrid, 1951, p. 38.

*acción civil ex delito no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil”.*

## **II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARÁCTER CONTRACTUAL**

### **A) Discusión sobre el concepto de responsabilidad civil extracontractual**

Se analizan ahora los principales rasgos de la responsabilidad civil de carácter contractual, de suerte tal que, siempre que se haga mención al término responsabilidad civil, después se aludirá a su origen, calificándose como responsabilidad civil contractual o responsabilidad civil extracontractual<sup>37</sup>.

La responsabilidad civil de carácter contractual se fundamenta en la existencia de un incumplimiento en un contrato por cualquiera de las partes en su prestación debida. Ha sido definida por la doctrina como el, “conjunto de consecuencias jurídicas a las que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor”<sup>38</sup>. El fundamento de la misma se encuentra en el artículo 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

---

<sup>37</sup> Doctrina autorizada sobre la materia considera que la utilización del término responsabilidad civil, únicamente haría referencia a la responsabilidad civil extracontractual. Véase, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1902 del Código civil”, en la obra colectiva coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, tomo 9º, 2º edición, editorial Bosch, Barcelona, 2006, p. 235.

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1976, p. 70.

Ha de precisarse que, esbozar las ideas generales de la responsabilidad civil contractual, requiere analizar los preceptos que siguen al artículo 1101 CC, siendo conveniente ahora analizar sus principales rasgos. En función de lo anterior, en primer lugar, debe destacarse que, a priori, el texto legal parece mencionar cuatro causas que generan responsabilidad civil: el dolo, la negligencia, la morosidad y la contravención. De hecho, esta situación produce una especie de distorsión del sistema, confundiendo de una parte las fuentes de incumplimiento y de otra, los criterios de imputación<sup>39</sup>.

El régimen del artículo 1101 CC describe, de un lado, a la *culpa* y el *dolo*, no como causas materiales del daño, sino como criterios de imputación del mismo, y, en cambio, considera que la *mora* y la *contravención* no serán fuentes de responsabilidad civil, sino las fuentes del propio incumplimiento contractual<sup>40</sup>.

Dejando a un lado el análisis posterior de las referencias a la culpa y el dolo como criterios de imputación de la responsabilidad, es necesario hacer una alguna referencia a las citadas causas materiales del incumplimiento, es decir a la mora y la contravención. La mora se regula en el artículo 1000 CC<sup>41</sup>, resultando ser la situación fáctica que se producirá cuando reclamada la prestación debida al deudor, este no la realice en el plazo acordado, situación que en las obligaciones sinalagmáticas se producirá desde que uno de

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1101 CC”, en la obra colectiva coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil*, 3º edición, editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 1295 y siguientes.

<sup>40</sup> BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, editada por el Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 247 y siguientes.

<sup>41</sup> Artículo 1100 CC: “Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

los contratantes cumplió con su prestación<sup>42</sup>. Ya en su añeja jurisprudencia, el Tribunal Supremo estableció, en su sentencia de 27 de noviembre de 1925, que: “*Equivale la mora en derecho a la dilación en el cumplimiento de las obligaciones, y atrae sobre el causante la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que ocasiona. El artículo 1100 impone la mora al deudor desde que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de las obligaciones*”.

La segunda fuente de incumplimiento es la contravención, aunque en realidad, la mora podría subsumirse como una causa de contravención, ya que como sostiene la doctrina más autorizada, el término contravención hace referencia a cualquier hecho que ocasione una lesión al interés del acreedor<sup>43</sup>. Encajarían en tal acepción, supuestos de omisión en la prestación por parte del deudor que se exceden del concepto de mora o retraso<sup>44</sup>, supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable exclusivamente al deudor<sup>45</sup>, o entre otros, supuestos de cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación<sup>46</sup>.

Para que nazca el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, debe producirse una *lesión en el derecho de crédito*<sup>47</sup>, es decir, la prestación realizada no habrá cumplido con los presupuestos del artículo 1157 CC<sup>48</sup> para las

---

<sup>42</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., “De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas”, en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, editada por el Consejo General del Notariado, 1988, pp. 29 a 52.

<sup>43</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, editorial Bosh, Barcelona, 1983, p. 163.

<sup>44</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 5º edición, editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 648.

<sup>45</sup> CRISTOBAL MONTES, Á., *El incumplimiento de las obligaciones*, editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 23 y 24 y siguientes.

<sup>46</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 517, 1976, pp. 1335 a 1396.

<sup>47</sup> Utilizado por la doctrina civilista alemana como recoge en su obra DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, editorial Civitas, Madrid, 2012, p. 649 y ss.

<sup>48</sup> Artículo 1157 CC: “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”.



obligaciones dinerarias, o los establecidos en los artículos 1166<sup>49</sup> y 1167 CC<sup>50</sup> para las obligaciones de dar o de hacer, aparte de respetar lo pactado en cuanto al momento y lugar de realización de la prestación. La responsabilidad civil contractual observará distintos grados de incumplimiento, así, “no se especifica legalmente pero la desviación del programa contractual puede consistir en la no realización en absoluto de la prestación debida, en una prestación defectuosa o incompleta, referirse a obligaciones accesorias o circunstancias como el tiempo y el lugar. Puede, por tanto, lesionarse de diversas formas el derecho de crédito, y es claro que la pretensión indemnizatoria tendrá un enfoque y contenido distintos dependiendo de la situación en que se produjo el incumplimiento”<sup>51</sup>.

Resulta cuestión pacífica en la doctrina que el artículo 1101 CC lo que en realidad describe es la *responsabilidad obligacional* y no únicamente la contractual, con el siguiente argumento: “el artículo 1101 determina las consecuencias indemnizatorias que surgen del incumplimiento de cualquier obligación, no importa cuál sea su fuente. No es, por tanto, la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba previamente constituida, por contrato, ley o cuasi contrato. Es de aplicación, en consecuencia, a los contratos, pero también a las obligaciones que surgen directamente de la ley”<sup>52</sup>.

No solo se generará tal responsabilidad por el incumplimiento de un contrato, sino por el incumplimiento de cualquier tipo de obligación. Así, se ha considerado que la

---

<sup>49</sup> Artículo 1166 CC: “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

<sup>50</sup> Artículo 1167 CC: “Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior”.

<sup>51</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., “Comentario al Artículo 1101 del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, p. 8062.

<sup>52</sup> CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 1

responsabilidad civil contractual “halla su origen en la noción misma de obligación: en caso de incumplimiento, la obligación tiene la oportunidad de reafirmar su esencia característica de vínculo, al perpetuarse en la prestación resarcitoria, siempre que no fuere posible proceder, incluso, a su realización en forma específica (ejecución forzosa)”<sup>53</sup>.

La responsabilidad civil contractual se suele poner en consonancia con lo señalado en el artículo 1124 CC<sup>54</sup>, a cuyo tenor: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”.

Conviene, en este punto, abordar ciertas precisiones en torno al artículo 1124 CC. En efecto, de la lectura combinada del citado precepto y los artículos 1096, 1098 y 1099 CC<sup>55</sup> resulta que, el acreedor que ve frustradas sus pretensiones ante un incumplimiento del deudor, puede antes de exigir el resarcimiento de unos daños y perjuicios, exigir en primer lugar el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo. En este último caso el deudor obtendría el equivalente pecuniario de la obligación, conocido como *aestimatio rei*, concepto totalmente distinto al importe económico que podría obtener como consecuencia del ejercicio de la acción de daños y perjuicios o *id quod interest*. Así, en

---

<sup>53</sup> SCOGNAMIGLIO, R., “Responsabilidad contractual y extracontractual”, en *Revista Ius et Veritas*, número 22, 2001, p. 55.

<sup>54</sup> Es visto por parte de la doctrina como el reconocimiento de una facultad resolutoria en casos de incumplimiento. Véase, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil III. Derecho de Contratos*, decimioctava edición, editorial Marcial Pons, 21ª edición, Madrid, 2019, p. 153.

<sup>55</sup> Artículo 1096 CC: “Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”.

Artículo 1098 CC: “Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.

Artículo 1099 CC: “Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido”.

el equivalente pecuniario de la obligación, el acreedor no deberá probar la existencia de daño alguno, sino que bastará con probar el incumplimiento, extremo completamente diferente en la formulación de la acción de responsabilidad civil<sup>56</sup>.

La necesidad de tener que probar la existencia del daño sufrido es requisito antiguo en la jurisprudencia civil, así la STS de 29 de noviembre de 1985 ya lo exigía. Ello quiere decir, que no es óbice de la citada de indemnización de daños y perjuicios el mero incumplimiento obligacional, sino que será necesario probar la derivación de una serie de daños concretos al deudor como consecuencia de dicho incumplimiento, ya que de no exigir tal presupuesto, podría verse, en la práctica, a la acción de responsabilidad civil como una especie de elección a efectuar por el acreedor, pudiendo elegir este libremente entre cumplir la obligación o indemnizar<sup>57</sup>. Por tanto, “a lo que obliga el artículo 1011 del Código civil no es a indemnizar en abstracto el incumplimiento del deudor, sino unos daños y perjuicios causados por quienes en el incumplimiento de sus obligaciones incurren en alguna de las formas de contravención previstas en el precepto”<sup>58</sup>.

Para terminar de separar el campo de acción del artículo 1101 CC de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC y de la posibilidad de exigir el cumplimiento del artículo 1096 CC, la doctrina considera que si bien estas últimas deben ser calificadas como acciones de tutela del crédito, la acción de daños y perjuicios debe ser entendida como una acción con fundamento en una nueva obligación, la de reparar los perjuicios y daños ocasionados con ocasión del incumplimiento<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor entre la "aestimatio rei" y el "id quod interest"*, editorial Trivium, Madrid, 1999, p. 101 y siguientes.

<sup>57</sup> CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento del crédito*, edita la fundación universitaria de Jerez, Cadiz, 1989, p. 44 y siguientes.

<sup>58</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, Madrid, 2001, p. 120.

<sup>59</sup> CARRASCO PERERA, Á., *op.cit.*, p. 11.

Se concluye este análisis aproximativo general de la responsabilidad civil contractual aludiendo a una serie de circunstancias relevantes. Así, es conviene destacar que el presente régimen es de aplicación tanto a los incumplimientos realizados por hechos propios como los realizados por un tercero<sup>60</sup>, normalmente situado en situación de dependencia respecto al deudor, advirtiéndose en este sentido una importante diferencia con respecto al régimen de responsabilidad civil extracontractual<sup>61</sup> donde la responsabilidad por el hecho ajeno, no viene regulada ni tiene el mismo fundamento que la establecida en función del riesgo creado por el propio sujeto. Piénsese como ejemplo de lo anterior, un contrato donde una empresa contrata a una agencia de comunicación para que le gestione las redes sociales por ejemplo, y uno de los trabajadores de la misma realiza su trabajo de manera inadecuada de las citadas redes.

Lógicamente, para que surja responsabilidad civil contractual debe existir un contrato entre las partes, como queda sobradamente acreditado, entre otras, en la STS de 4 de marzo de 2009, donde se niega que la acción de responsabilidad contra una tabacalera ejercida por los familiares de un fallecido a consecuencia del consumo de tabaco pueda estar sometida al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil de carácter contractual, anteriormente quince años, y actualmente cinco, como después se expondrá. Ahora bien, es posible que ese contrato adolezca de algún *vicio de nulidad*, planteándose en tal caso, si la posible reclamación de daños y perjuicios sería de origen contractual o extracontractual.

Cuando un contrato es declarado nulo, dejarán de tener eficacia las prestaciones realizadas o las que quedarán por materializarse, pero pueden acaecer otra serie de

---

<sup>60</sup> Véase PANTALEÓN PRIETO, A. F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 44, número 3, 1991, p. 1058.

<sup>61</sup> Posteriormente se expondrán las diferencias más importantes entre ambos regímenes.

efectos, como los correspondientes a la posible existencia de responsabilidad civil<sup>62</sup>. Si se desplegaran los efectos indemnizatorios, parece lógico que los mismos tendrán un fundamento distinto a las posibles acciones que el contratante de buena fe tiene para conseguir que su patrimonio volviera a la situación inicial antes del convenio, ya que la acción de responsabilidad civil, como se viene apuntando, encuentra su fundamento en conseguir una reparación de un daño causado<sup>63</sup>.

Respecto a la declaración de nulidad del contrato entre las partes, la solución aportada por la doctrina, en relación a la posible indemnización de daños y perjuicios que se pudiera generar, es considerarla de carácter extracontractual y, por tanto, sustanciarse por el régimen establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil<sup>64</sup>. Aun así, los autores que han tratado la cuestión remarcan expresamente que la restitución de las prestaciones en los contratos declarados nulos y el ejercicio de la posible indemnización de daños y perjuicios extracontractual, tienen fundamentos y orígenes distintos<sup>65</sup>.

Puede ocurrir, sin embargo, que hayan existido negociaciones entre dos futuros contratos, pero las mismas no se terminen de materializar en un contrato. En este supuesto, si una de las partes ha sufrido un daño como consecuencia de la no contratación, ¿deberá plantear una acción de responsabilidad civil de carácter contractual o extracontractual? En primer lugar se debe destacar que estos daños reciben la denominación de *in contrahendo* y han sido objeto de debate en la doctrina y jurisprudencia<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCAN, M.A., “Sentencia de 5 de marzo de 2010: Nulidad del contrato por dolo negativo e indemnización del interés contractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 86, 2011, pp. 672 y siguientes.

<sup>63</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 227 y siguientes.

<sup>64</sup> A este respecto resulta interesante el comentario de QUICIOS MOLINA, M.S., “SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2009: Nulidad de contrato por "dolo in contrahendo": dolo activo y dolo omisivo; indemnización procedente por “”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, número 82, 2010, pp. 351 a 377.

<sup>65</sup> ROJO AJURIAS, L., *El dolo en los contratos*, editorial Cívitas, Madrid, 1994, p. 118 y siguientes.

<sup>66</sup> Un supuesto de hecho tipo de este tipo de responsabilidad puede encontrarse en ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil. Daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se

La respuesta a la anterior cuestión suele partir de la diferenciación de estos tratos preliminares del conocido como precontrato<sup>67</sup>, donde parece lógico pensar que al existir un contrato, aunque sea preparatorio de otro posterior, la responsabilidad debe ser considerada como contractual<sup>68</sup>. Partiendo de dicha diferenciación y dejando simplemente reseñada la aportación de la doctrina alemana encabezada por IERING, consistente en considerar al daño *in contrahendo* como de carácter contractual, la doctrina española lo califica en su mayoría como extracontractual, ya que, en realidad, nunca existió contrato alguno entre las partes<sup>69</sup>.

Ahora bien, el daño sin embargo, puede acaecer una vez consumido y extinguido el contrato, generándose una responsabilidad que podrá ser de carácter contractual o extracontractual, debiéndose analizar cada supuesto al detalle, poniendo en foco en la determinación del momento exacto en el cual se ejecutó aquél. Se habla en este caso de daño *postcontractual*<sup>70</sup> y ha sido analizado en la jurisprudencia<sup>71</sup>, entre otras, por la STS de 23 de diciembre de 2004, donde un pasajero de la empresa Renfe sufrió un accidente en las escaleras mecánicas, considerando el Tribunal Supremo que el contrato no había

---

había hecho confiar”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, número 17, 1988, página 513: “Se parte por tanto de que ningún contrato o precontrato se ha celebrado, y se hace ahora abstracción de las circunstancias requeridas para entender que en un caso de ruptura de las negociaciones existe una vulneración de la exigencias de la buena fe en sentido objetivo o, en terminología habitual, una ruptura injustificada”.

<sup>67</sup> Sobre el mismo, obsérvese en profundidad, la depurada obra de ROMÁN GARCÍA, A.M., *El precontrato: Estudio dogmático y jurisprudencial*, editorial RDU, Madrid, 1982.

<sup>68</sup> MONSALVE CABALLERO, V., y LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad precontractual y ruptura injustificada de las negociaciones*, editorial Ibañez, Madrid, 2010, pp. 40 y siguientes.

<sup>69</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, edita la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, p. 259.

<sup>70</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, L., “La responsabilidad postcontractual (un caso de ultractividad del contrato)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2016, pp. 621 a 637.

<sup>71</sup> Resulta interesante destacar la STS de 14 de octubre de 1983, donde se editaron más ejemplares de los que se habían pactado. Sobre si el daño es de carácter contractual o extracontractual, obsérvese el comentario de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de autor. Contrato de edición. Defraudación de la propiedad intelectual. Doctrina de los actos propios. Responsabilidad contractual y extracontractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 3, 1983, p. 1000: “Si los ejemplares no incluidos en el contrato de edición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados, entonces creo que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes”.

llegado a su fin por el mero hecho de que pasajero hubiera llegado al fin del trayecto, sino que terminaría en el momento en el cual el mismo saliera de las instalaciones de la empresas, determinándose así una responsabilidad de carácter contractual.

Una última problemática en relación a la existencia y contenido del contrato en relación a la derivación de la responsabilidad civil contractual tiene su origen en las denominadas *obligaciones de seguridad*<sup>72</sup>. Su fundamento radica en el artículo 1258 del Código civil, donde se establece que los contratos no solo obligan a lo pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Dicha teoría, aunque frecuentemente utilizada en el campo de los accidentes<sup>73</sup>, es objeto de extrapolación a numerosos ámbitos donde una de las partes de la relación obligatoria, a pesar de cumplir con su prestación, ha incumplido alguna obligación de seguridad contraria a la buena fe. A este respecto, piénsese por ejemplo, en el médico que revela a terceros, sin estar autorizado, el expediente clínico de algún paciente, ¿serían estos daños de carácter contractual o extracontractual?

La jurisprudencia oscila entre ambas consideraciones para resolver la cuestión planteada. Así, la STS de 9 de mayo de 1984 admite el carácter contractual en un supuesto donde un profesional había sido omitido de la guía telefónica, generándole un perjuicio económico y moral, pero sin embargo, en otras ocasiones lo considera extracontractual, como es la STS de 9 de marzo de 1983, el caso de un trabajador que fallece por las faltas de medidas de seguridad existentes en su actividad profesional.

---

<sup>72</sup> Obsérvese, VÁZQUEZ FERREIRA, M., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, editorial Juris, Rosario, 1987.

<sup>73</sup> APARICIO TOVAR, J., “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1, 1994, pp. 539 a 557.

Para finalizar este breve análisis del régimen de responsabilidad civil contractual conviene aludir al plazo de prescripción. Hasta fechas recientes, su plazo era muy generoso, en concreto de quince años. Pero con la reforma del Código civil producida en el año 2015<sup>74</sup>, el citado plazo se ha reducido a cinco años según establece el texto del actual artículo 1964.2 CC.

### **B) Los criterios de imputabilidad de la responsabilidad**

Una vez examinado el artículo 1101 CC sobre la responsabilidad civil contractual, conviene, para completar el estudio su análisis, interpretar el contenido de los artículos 1102 a 1108 del mismo texto legal. Así, el primero de ellos, el artículo 1102 CC hace referencia al dolo, estableciendo que: “la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

Como ya se avanzó, el dolo constituye uno de los criterios de imputación de responsabilidad civil contractual, junto a la culpa y, como se expondrá más adelante, obliga a la indemnización de todos los daños que se deriven del incumplimiento, como establece el artículo 1107 CC. Con carácter general, de la exposición del artículo 1102 CC se pueden extraer dos consecuencias: la primera de ellas, consistente en ampliar el campo de aplicación de la responsabilidad del dolo a todas las obligaciones, criticada por la doctrina por carecer de escaso valor normativo<sup>75</sup> y, la segunda consistente en negar la posibilidad de limitar contractualmente la responsabilidad exigible por tal reprochable conducta.

La expresión utilizada por el Código “en todas las obligaciones”, podría llegar a ocasionar que se intentara extender la aplicación del mismo al terreno de la

---

<sup>74</sup> Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

<sup>75</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1102 CC”, en *Comentarios al Código Civil, cit.*, pp. 1298 y siguientes.



responsabilidad civil extracontractual, pero parece lógico pensar, que se referirá a obligaciones ya existentes y, no a obligaciones consistentes únicamente en reparar el daño causado, siendo éstas últimas, el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. Así, se expresa doctrina más autorizada al considerar que “la alusión a toda las obligaciones parte de la preexistencia de las mismas; lo cual debería llevar a descartar que la referencia se pueda entender como comprensiva de obligaciones extracontractuales”<sup>76</sup>.

Tras matizar el alcance del primer inciso del artículo 1102 CC, conviene aproximarse al concepto de dolo civil, para continuar posteriormente analizando el alcance las de las cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual.

El concepto de dolo, aplicable al artículo 1102 CC, excede del previsto con carácter general en la norma civil<sup>77</sup>, ya que este hace referencia, de acuerdo al artículo 1259 CC, al engaño cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no lo hubiera hecho. En efecto, parece que la única referencia al dolo *in contrahendo*<sup>78</sup>, no es a la que hace referencia al artículo 1102 CC, sino que más bien alude al cualquier comportamiento consciente que infrinja la relación obligatoria y del que se traduzca un daño al contratante de buena fe<sup>79</sup>. El dolo del artículo 1102 CC ha sido definido por más autorizada doctrina,

---

<sup>76</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., “Comentario al Artículo 1102 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 8077.

<sup>77</sup> Se recuerda también en este instante el distinto fundamento entre el dolo civil y el dolo penal, así la STS de 23 de mayo de 1983: “*El dolo civil, a diferencia del penal, no se basa exclusivamente en la intención de dañar, sino que equivale a mala fe, para cuya existencia no hace falta esa intención, configurándose como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, que da lugar a la producción de un daño, mediando entre ambos una relación de causalidad necesaria y prevista*”.

<sup>78</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo *in contrahendo*”, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, número 16, 2006, pp. 25 y siguientes.

<sup>79</sup> Al respecto, la STS de 15 de marzo de 1934: “*El dolo a que se refiere el artículo 1102 es de naturaleza distinta al que se define en el artículo 1269, o sea que consiste en un propósito consciente, intencionado, de eludir el cumplimiento de las obligaciones, teniendo de común uno y otro el de no presumirse por el derecho, y que su prueba corresponde al que lo alega, tanto más cuanto que en el incumplimiento de las obligaciones existen modalidades diversas, de la que la más grave es el dolo*”.

como “una conducta antijurídica consistente en la disconformidad entre la mente de uno de los contratantes y la realidad, disconformidad debida a la actuación engañosa del otro contratante, entonces la voluntad del primero se halla viciada de dolo”<sup>80</sup>.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación del dolo en materia de responsabilidad civil contractual y analizado su concepto, resulta oportuno analizar la segunda parte del citado artículo 1102 CC, que establecía la nulidad de cualquier pacto para exigir la responsabilidad contractual derivada del dolo. Tal prohibición pone de manifiesto, en primer lugar, una de las características del sistema de responsabilidad civil contractual, que radica en la posibilidad de las partes de limitar, agravar, o expandir la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual, realizando con ello, una especie de distribución de riesgos<sup>81</sup>.

Dicha posibilidad de pacto no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, ya que la naturaleza jurídica del juego de la autonomía de la voluntad debe estar sujeta a una serie de justos límites<sup>82</sup>. Naturalmente, el artículo 1255 CC y su consabida alusión a la ley, la moral y el orden público, constituirá uno de los principales límites de estos pactos modificativos de la responsabilidad, actuando como un instrumento de garantía del crédito<sup>83</sup>. También se encontraran límites en leyes especiales,<sup>84</sup> pero en función de lo que aquí interesa, destaca el límite del artículo 1102

---

<sup>80</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1102 CC”, obra colectiva coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, tomo 6º, 2ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 2006, p. 151.

<sup>81</sup> CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 18 y 19.

<sup>82</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 14, número 2, 1961, p. 295 y siguientes.

<sup>83</sup> JORDANO FRAGA, F., “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 174, 1984, p. 655 y siguientes.

<sup>84</sup> En materia de consumo, por ejemplo, destaca la prohibición del artículo 130 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LCU) declara ineficaz las cláusulas limitativas o exoneradoras de la responsabilidad del empresario por productos defectuosos. Sobre la misma, obsérvese, GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., “SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2008: Responsabilidad extracontractual por los daños que causó la explosión de la vivienda en que se empleó un

CC que prohíbe exonerar la responsabilidad derivada del dolo, puesto que lo contrario sería permitir al deudor de la prestación elegir entre cumplirla o no<sup>85</sup>, prohibición que solo opera en la fase de redacción del contrato, ya que nada impediría al acreedor que ha sufrido el daño como consecuencia de una actitud dolosa contractual, dejar transcurrir el plazo de prescripción de la acción y no reclamar el citado daño.

Conviene analizar en este momento el segundo criterio de atribución de responsabilidad contractual, la *negligencia o culpa* regulada en el artículo 1103 CC: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”. El citado precepto regula la figura de la culpa contractual pero no la define, ya que será el artículo 1304 CC el que realice dicha tarea, pudiéndose adelantar que, es concebida como lo opuesto a la diligencia exigida para cada actividad.

Del precepto en cuestión deben destacarse una serie de elementos importantes. En primer lugar, la referencia “en toda clase de obligaciones”, ha resultado óbice para ser expandido al campo de la responsabilidad civil extracontractual, a pesar de las críticas existentes en la doctrina.<sup>86</sup> En segundo lugar, al no contener el mismo, la prohibición de limitación de la responsabilidad existente anteriormente en el caso del dolo<sup>87</sup>, se permite a los contratos pactar cláusulas modificativas de la responsabilidad por culpa, “tales cláusulas fijarán, o bien la cuantía a la que como máximo podrá ascender la indemnización a que el deudor culpable tenga que hacer frente, o bien los hechos de los

---

plaguicida. Responsabilidad civil del fabricante por producto defectuoso. Responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. Responsabilidad de la Administración pública”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, número 82, 2010, pp. 83 a 106.

<sup>85</sup> LACRUZ BERDEJO, *et.al.*, *Elementos de Derecho Civil, II*, volumen 1, Dykinson, Madrid, 1999, p. 66.

<sup>86</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual”, *cit.*, p. 1042.

<sup>87</sup> Debe advertirse que la doctrina equipara la culpa grave al dolo, no permitiendo en esos casos, realizar modificaciones de la responsabilidad contractual derivada de culpa grave (*culpa lata dolo aequiparatur*). Véase al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, *cit.*, p. 347.

que tal responsabilidad podrá derivarse, o en fin el grado de diligencia cuya omisión se considere determinante de la culpa del deudor”<sup>88</sup>. Estas exclusiones son consideradas por la doctrina como una renuncia a la ley aplicable, permitida por el artículo 6.2 CC.

Sobre las cláusulas modificativas de la responsabilidad por dolo debe advertirse, que podrán constituirse tanto al inicio de la relación obligatoria, como en cualquier momento de la misma y, como se analizó de forma general anteriormente, las mismas se encontrarán sujetas a límites, así entre otros, destacan los supuestos donde la responsabilidad por culpa genere daños en las personas, al encontrarse sujetos al límite general del orden público<sup>89</sup>. Al respecto es interesante traer a colación, la STC de 181/2000 de 29 de junio sobre la aplicación del artículo 15 CE al ámbito de la responsabilidad civil: *“El precepto condicional al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano; y en segundo lugar, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas”*.

La segunda parte del artículo 1303 CC permite a los tribunales moderar la responsabilidad contractual proveniente de la culpa “según los casos”. La citada expresión usada por la norma sustantiva civil, pone de relieve la confusión existente en la práctica para la utilización de la citada facultad. Normalmente esta facultad moderadora ha sido utilizada en supuestos de concurrencias de culpas entre dañante y dañado<sup>90</sup>, hasta el punto que durante un tiempo se pensó que la única posibilidad existente de moderar la

---

<sup>88</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1103 CC”, *Comentarios al Código Civil, cit.*, p. 1299.

<sup>89</sup> DÍAZ LINDAO, I., “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, número 23, 2012, p. 159 y siguientes.

<sup>90</sup> Por ejemplo, SSTS de 20 de abril de 2011 y de 28 de noviembre de 2010.

responsabilidad por culpa eran esos supuestos, cuestión criticada en la STS de 22 de noviembre de 2006: “*El inciso segundo del artículo 1103 no solo es aplicable cuando se da una concurrencia de culpas de la víctima y del agente, sino también cuando sea procedente en atención a la entidad de la culposidad de la conducta de que se trata, pues no puede merecer el mismo reproche cuantitativo la total inactividad que la inadecuación o insuficiencia de las medidas adoptadas*”.

También se ha aplicado esta facultad moderadora a supuestos de cuantificación de daños causados<sup>91</sup>, pero aun así la doctrina más autorizada considera que el ámbito de aplicación de la citada facultad moderadora debe ser otro. Así, podría aplicarse en supuestos de una obligación incumplida contraída de forma gratuita<sup>92</sup>, o en aquellos donde el comportamiento culposo hubiera podido ocasionar alguna ventaja al acreedor, originando el fenómeno conocido como *compensatio lucri cum damno*<sup>93</sup>.

En último lugar se debe descartar que el inciso “según los casos” haga referencia a la existencia de diversas regulaciones de tipos de culpa, ya que como se expondrá, el artículo 1104 CC solo alude a un único estándar de referencia, la del “buen padre de familia”.

Tras ver los artículos 1102 y 1103 CC, dedicados a los criterios de imputación de responsabilidad civil contractual, el dolo y la culpa respectivamente, procede estudiar los preceptos aplicables al presente régimen, tocando en este momento glosar el contenido del artículo 1104 del CC, que también hace referencia a la culpa o negligencia.

---

<sup>91</sup> Así, las SSTS de 9 de mayo de 2011 y de 20 de julio de 2011.

<sup>92</sup> DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1303 CC”, obra coordinada Albaladejo García, M., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, editorial Edersa, Madrid, 1989, p. 574.

<sup>93</sup> MEDINA ALCOZ, M., “La *compensatio lucri cum damno* en la responsabilidad civil extracontractual. La denominada teoría del descuento”, en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, número 3, 2005, pp. 18 y siguientes.

Así, tal precepto establece el nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones, fijando como criterio central “la diligencia de un buen padre de familia”, así: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

El artículo 1104 regula un sistema a partir del cual una persona responderá por culpa cuando no haya actuado con la diligencia exigible, pero cuando la actuación u omisión generadora de la responsabilidad fuere imprevisible e inevitable, el deudor no responderá por culpa, sino que quedará exonerado por la presencia de la fuerza mayor<sup>94</sup>.

Cabe recordar sobre la *culpa* en el sistema de responsabilidad civil contractual que, “no es un sí una modalidad de incumplimiento, pese a que aparezca confundida en el artículo 1101 junto con la *mora* o la *contravención* al tenor de la obligación. La principal consecuencia de que el incumplimiento pueda atribuirse al comportamiento negligente del deudor, es que éste responderá por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, pero con una intensidad inferior a la que debe soportar el deudor doloso”<sup>95</sup>.

Merece destacarse en relación al precepto, la referencia a dos especies de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones. En efecto, la primera parte del precepto, de inspiración en el viejo Código civil argentino, parece determinar que la diligencia exigible

---

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Comentario al artículo 1104: Culpa o negligencia del deudor”, en la obra colectiva coordinada por Valpuesta Fernández, R., *Código civil comentado*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 116 y siguientes.

<sup>95</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1104 CC”, *Comentarios al Código Civil, cit.*, p. 1302.

por el deudor depende de cada tipo de obligación, y, en cambio la segunda, fija el criterio de la diligencia del buen padre de familia, inspirado en Código civil de Francia<sup>96</sup>.

Realmente, parece unánime en la doctrina que el criterio de la diligencia del buen padre de familia del Código francés<sup>97</sup> es el que debe predominar, tanto en el campo de las obligaciones profesionales, como en el de los convenios y pactos entre particulares, al tratarse el citado modelo del buen padre de familia, como el aplicable a una persona prudente, cuidadosa y participe del tráfico jurídico<sup>98</sup>.

Ahora bien, habrá supuestos donde el deudor puede que haya actuado con toda la diligencia exigible, pero no pueda cumplir con su prestación, y aun así, no vaya a responder de los daños causados, debido a la ruptura del nexo causal entre su acción u omisión y el resultado acaecido, apareciendo supuestos de fuerza mayor o caso fortuito. Esta situación se regula en el artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

El presente artículo regula una serie de supuestos imprevistos o inevitables en virtud de los cuales el acreedor de la relación obligatoria observa insatisfechas sus pretensiones por parte del deudor y, ve como éste no va a responder por los perjuicios causados. Realmente, el precepto únicamente hace referencia a la figura conocida como caso

---

<sup>96</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., “Comentario al Artículo 1104 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, cit.*, p. 8092 y siguientes.

<sup>97</sup> Desde el año 2014 no existe tal previsión en el Código civil de Francia, habiendo sido sustituida por la de “persona razonable”. Sobre la citada cuestión, obsérvese, TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable” reforma en Francia y valoración de su alcance”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 2, número 1, 2015, pp. 57 a 103.

<sup>98</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., “El buen padre de familia”, en la obra colectiva coordinada por Alonso Pérez, M., *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, editada por la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 88 y siguientes.

fortuito, aunque como sostiene la doctrina, dicha figura es perfectamente intercambiable en el presente contexto con la de fuerza mayor<sup>99</sup>.

No obstante, el Código civil sí distingue entre fuerza mayor y caso fortuito en otros preceptos, como en el artículo 1784 que solo alude a la fuerza mayor<sup>100</sup> y, el artículo 1183 hace referencia tan solo al caso fortuito<sup>101</sup>. De suerte tal que, aunque carezca de importancia a los efectos del artículo 1105 CC, se suelen distinguir doctrinalmente una serie de diferencias entre ambas figuras: a) normalmente el caso fortuito se asocia a accidentes de la naturaleza y, en los supuestos de fuerza mayor, suele intervenir un tercero; b) en el caso fortuito suele ser el objeto de la prestación quien recibe los efectos del hecho extraño, mientras que en la fuerza mayor suele ser el deudor el que sufre las consecuencias del acaecimiento del hecho y; c) se suele considerar a los hechos integrantes del caso fortuito como eventos naturales, esporádicos, constituyéndose como verdaderos obstáculos internos al cumplimiento de la obligación, mientras que los hechos de fuerza mayor, son totalmente extraños al curso de la vida, y pueden ir acompañados de violencia, constituyéndose como obstáculos internos al cumplimiento de la obligación<sup>102</sup>.

Debe destacarse igualmente que el deudor no va a quedar exonerado en todos los casos donde concurra este caso fortuito, sino que de la literalidad del propio artículo 1105 CC

---

<sup>99</sup> BADOSA COLL, F., *op.cit.*, pp. 42 y 43. Mayor importancia sin embargo se puede encontrar al concepto de fuerza mayor que el de caso fortuito en la obra de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., “Artículo 1105: Fuerza mayor”, en *Código civil comentado*, cit., pp. 120 a 125.

<sup>100</sup> Artículo 1784 CC: “La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de *fuerza mayor*”.

<sup>101</sup> Artículo 1183 CC: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por *caso fortuito*, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096”.

<sup>102</sup> Para profundizar en las diferencias entre ambas figuras, obsérvese la obra de JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., “Caso fortuito y fuerza mayor: Diferencia conceptual”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 10, 2010, p. 85 y siguientes.



se deduce que: “Fuera de los casos expresamente previsto en la ley, y de los en que así lo declare la obligación”, es decir, la propia ley y las partes pueden en ocasiones permitir que el deudor responda aun en presencia de caso fortuito o fuerza mayor. Así, las partes podrán pactar una cláusula de agravación de la responsabilidad del deudor, utilizadas normalmente también para aumentar el nivel de diligencia exigible en virtud de lo establecido en el artículo 1104 CC, o para el aumento de la cuantía del resarcimiento<sup>103</sup>. También en el texto legal se encuentran supuestos donde el deudor responderá aun en presencia del caso fortuito, así por ejemplo destaca el artículo 457 CC, respecto al poseedor de la cosa de mala fe, o aquel que de mala fe aceptar el pago de lo indebido, como establece el artículo 1896 CC.

La apreciación del caso fortuito, o en su caso la fuerza mayor<sup>104</sup>, es una cuestión de derecho, revisable por el Tribunal Supremo, según ha expresado la STS de 28 de diciembre de 1997: *“A los efectos del artículo 1105 del CC, el hecho determinante de la fuerza mayor ha de ser del todo independiente de quien lo alegue, y su apreciación jurídica no se sustrae a la facultad juzgadora del Tribunal de casación, en cuanto se aporta para eludir las responsabilidades en que se hubiera incurrido, exigiéndose que el evento decisivo procesa exclusivamente de un acaecimiento impuesto, y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna del agente demandado”*.

---

<sup>103</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., p. 359.

<sup>104</sup> Sobre la concurrencia de fuerza mayor y responsabilidad civil contractual, obsérvese, PÉREZ ÁNGEL, M.A., “Responsabilidad civil de empresa hotelera. Depósito irregular. Fuerza mayor. Robo a mano armada”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, número 23, 1990, pp. 525 a 536. Igualmente, aunque también introduciendo consideraciones sobre el caso fortuito, obsérvese REGLERO CAMPOS, L.F., “Responsabilidad civil contractual. Accidente de circulación. Responsabilidad objetiva. Caso fortuito y fuerza mayor”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, número 21, 1989, pp. 1061 a 1072.

Corresponde ahora atender al contenido del artículo 1106 CC que regula el alcance de la indemnización por daños y perjuicios, resultando aplicable tanto a la esfera contractual como la extracontractual<sup>105</sup>. Dicho precepto, introduce en nuestro trabajo la tarea ineludible de hacer referencia a los conceptos de daño emergente, lucro cesante y aunque no se nombre expresamente, a los conocidos como daños morales. El precepto establece que: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguiente”.

Como se indicó, el precepto alude a dos partidas básicas que forman el contenido de la indemnización, el daño emergente, es decir, el valor de la pérdida sufrida como consecuencia de la actuación dolosa o culposa del acreedor en la responsabilidad contractual o del dañante en la extracontractual y, el lucro cesante, o ganancia dejada de obtener. Ello no es óbice para que no se incluyan dentro del concepto indemnizatorio aquellos daños no patrimoniales que ocasionen un perjuicio, es decir, los daños morales<sup>106</sup>.

En relación al concepto de daño, “la doctrina suele dar un concepto objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>107</sup>. Para la obtención o cálculo de este daño o perjuicio<sup>108</sup>, aparte de precisar que sea cierto en su existencia y cuantía<sup>109</sup>, se suele realizar una comparación

---

<sup>105</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, p. 240.

<sup>106</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1106 CC”, en *Comentarios al Código Civil, cit.*, pp. 1306 y 1307.

<sup>107</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario al artículo 1106 CC”, *cit.*, página 184. Citando a su vez a LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, volumen 1, 1958, p. 193.

<sup>108</sup> LACRUZ BERDEJO, *op.cit.*, p. 207.

<sup>109</sup> SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, editorial Montercorvo, Madrid, 1986, p. 139.

hipotética entre la situación real en que se halla el patrimonio del acreedor, como consecuencia del incumplimiento, y aquella en la se hallaría si dicho incumplimiento no se hubiera producido<sup>110</sup>.

Corresponde ahora acercarse a las figuras de daño emergente y lucro cesante, ambas integradas dentro del conocido como daño patrimonial, es decir, los que sufre el dañado o deudor en la esfera de su patrimonio, englobándose en tal concepto el conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial<sup>111</sup>, provocando “una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero”<sup>112</sup>.

La figura del daño emergente, hace referencia al valor de la pérdida sufrida y dentro de esta categoría entre otros, se han incluido: a) coste derivado del negocio de reemplazo, b) costes derivados de reparaciones, c) daños causados a cosas no reparables, d) gastos de reclamación judicial o extrajudicial, e) indemnizaciones que tenga que soportar el acreedor debido al incumplimiento del deudor<sup>113</sup>.

En relación al lucro cesante o las ganancias dejadas de obtener, la STS de 8 de julio de 1996, determina que deben ser probables, así: *“Las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud diferentes para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida de provecho económico”*.

---

<sup>110</sup> Es la conocida como teoría de la diferencia, utilizada para la valoración del daño patrimonial entre otras por la SSTS de 6 de octubre de 1982 o la de 2 de abril de 1997. Un resumen de los principales postulados de dicha teoría puede encontrarse en la obra de STOLL, H., “Consequences of liability: remedies”, en *IECL*, volumen 2, número 11, 1983, pp. 8 a 22.

<sup>111</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Obligaciones y Contratos*, editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 546 y 547.

<sup>112</sup> GÓMEZ POMAR, F., “El daño moral”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 1, 2000, p. 2.

<sup>113</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., “Comentario al Artículo 1106 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 8108.

El daño moral, ha sido definido como “el que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado”<sup>114</sup>. Cuestión habitual en la jurisprudencia ha versado en conceder los daños morales a partir de reclamaciones extracontractuales, encontrándose al principio, reticente a reconocerla como consecuencias de incumplimientos contractuales<sup>115</sup>. Es de cita obligatoria la STS de 31 de mayo de 2000 donde se reconoció responsabilidad civil de carácter contractual, creadora de daños morales susceptibles de indemnización, a una compañía aérea cuyo vuelo se retrasó 8 horas, creando en el pasajero situación de tensión, incomodidades y molestias.

En el análisis del régimen de responsabilidad civil contractual es referencia obligada la alusión al artículo 1107 CC, precepto que establece una serie de consecuencias más agravadas para el deudor de mala fe o doloso, respecto al deudor culposo<sup>116</sup>. Así, “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencias necesaria de su falta de cumplimiento”.

Esta dualidad de consecuencias según sea la conducta del deudor, se pueda calificar como de buena o mala fe<sup>117</sup>, como ha declarado expresamente la jurisprudencia, así la STS de 16 de junio de 1982 razona: “*El artículo 1107 del CC ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de*

---

<sup>114</sup> MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “El daño moral”, en la obra colectiva coordinada por Cámara Lapuente, S., *Derecho Privado Europeo*, editorial COLEX, Madrid, 2003, p. 858.

<sup>115</sup> IGARTUA ARREGUI, F., “El daño moral contractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 5, 1984, pp. 1635 y siguientes.

<sup>116</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario al artículo 1107 del Código Civil”, en la obra colectiva *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, editorial Bosch, Barcelona, volumen 1, 1992, p. 854 y siguientes.

<sup>117</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1107 CC”, en la obra colectiva coordinada por Forniés Baigorri, A., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, volumen 2, 1995, pp. 2443 ss.

*obligaciones: la del deudor de buena fe, caracterizado porque en él la determinación del quantum resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento, y la del deudor doloso, en la que el dolo tiene trascendencia en orden al quantum del resarcimiento en cuanto que no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos, no pudiendo venir matizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo o pacto alguno”.*

### **III. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

#### **A) Aproximación al sistema de responsabilidad subjetivo**

La responsabilidad civil extracontractual se consagra con carácter general en el artículo 1902 del Código civil a cuyo tenor: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1969 establece que habrá responsabilidad civil extracontractual cuando: *“con total independencia de obligaciones de cualquier otro tipo que existan entre las partes, el daño se produce por violación de deberes generales de conducta dimanante o, de la regla general alterum non laedere”*.

El citado artículo 1902 CC sustenta un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la culpa del deudor, quien mediante una acción u omisión, infringe el deber genérico de no causar daño a otro, ocasionando un daño a un sujeto que no tenía obligación de soportarlo<sup>118</sup>. Aunque luego se analizará con más detalle más el precepto, resulta ahora

---

<sup>118</sup> PLAZA PENADÉS, J., “Artículo 1902. Responsabilidad extracontractual”, en *Código civil comentado*, cit., pp. 1454 a 1464.

necesario, adentrarse en una serie de precisiones acerca del sistema de atribución de responsabilidad subjetivo utilizado por la norma en cuestión.

El precepto opta por un sistema para la resolución de la siguiente cuestión, ¿cuál es el motivo por el que debe responder quien infrinja la regla conocida como *alterum non laedere*? Ello podría resolverse considerando que el autor del daño deberá responder siempre que haya actuado de forma incorrecta, es decir, en supuestos donde la acción u omisión generadora del daño, es atribuible a su culpa. Otra posible respuesta, podría orbitar frente al concepto del riesgo y no el de la culpa, es decir, la persona que ha realizado la acción u omisión que ha producido el daño, deberá responder aunque hubiera actuado con total diligencia, es decir, sin culpa.

Como se puede deducir de la lectura del precepto objeto de análisis, el Código civil ha optado en su artículo 1902 por diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual subjetivo, basado en la culpa del agente, así solo basta recordar su articulado: “quien por acción u omisión causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia”, obviando hacer referencia al daño producido fuera de los casos de culpa o negligencia<sup>119</sup>.

Resulta evidente, que la única fijación de un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad extracontractual, expulsaría fuera del sistema de indemnizatorio a una gran cantidad de daños producidos sin la intervención de culpa o negligencia, pero el sistema establecido en el año 1889 por la norma civil quizás ayudó al desarrollo del proceso industrial de la época, donde gran cantidades de accidentes producidos por máquinas no resultaban indemnizables, situación que de lo contrario, hubiera creado importantes trabas al crecimiento económico surgido a raíz de la revolución industrial<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> DÍEZ PICAZO, L., “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 54, número 3, 2001, p. 1015 y siguientes.

<sup>120</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, p. 302.

Ahora bien, como después se expondrá, el criterio subjetivo de responsabilidad, no es el que impera en toda la institución conocida como responsabilidad civil extracontractual, sino que tanto en el propio Código civil como en leyes especiales se encontraran supuestos de responsabilidad objetiva, donde lo determinante para resarcir un daño causado, es el riesgo creado con la actividad y no el grado de culpa en el desarrollo de la misma<sup>121</sup>. Además, parte de la doctrina resalta la inversión de la carga prueba que suele contener la regulación de la responsabilidad civil extracontractual producida por hechos ajenos, como una especie de tercer escalón o sistema de atribución distinto de responsabilidad<sup>122</sup>. Posteriormente en el presente trabajo, se analizará dicha responsabilidad derivada del hecho ajeno.

Es interesante el concepto sobre responsabilidad civil extracontractual aportado por PANTALEÓN, ya que demuestra que su criterio y fijación, depende de más factores que la producida como consecuencia del incumplimiento de un contrato, así, es definida como “el reino de la buena o la mala suerte que por ejemplo alguien que conducía un automóvil excediendo el límite reglamentario de velocidad, atropella a un peatón y éste pierde una pierna, puede tener buena suerte si el peatón era jugador profesional de ajedrez, y mala suerte, si el peatón fuera bailarín profesional”<sup>123</sup>.

El artículo 1902 CC perfila un sistema de responsabilidad civil extracontractual subjetiva o por culpa, aunque parte de la doctrina es propensa a la utilización del término

---

<sup>121</sup> OSSORIO SERRANO, J.M., “Responsabilidad civil objetiva, sin culpa o por riesgo”, en la obra colectiva coordinada por Sánchez Calero, F.J., *Curso de Derecho Civil*, volumen 2, 2006, pp. 767 a 781.

<sup>122</sup> Al respecto destaca la brillante obra de DIÉZ PICAZO, L., “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 4, 2000, p. 164: “He dicho hace un momento que no había dos, sino tres, reglas: responsabilidad por culpa, responsabilidad con inversión de la prueba de la culpa y estricta responsabilidad por riesgo o por causación en un área o marco de riesgo determinado”.

<sup>123</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, número 4, 2001, p. 167.

obligación extracontractual, ya que una vez producido el hecho activo u omisivo generador del daño resarcible, se genera una obligación de reparación del mismo<sup>124</sup>.

Siguiendo con lo anterior, es precisamente la obligación que se crea de indemnizar tras la acción u omisión originadora del perjuicio, uno de los elementos diferenciadores más importantes en relación con la responsabilidad civil contractual, de suerte tal que “el deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva de acto ilícito, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. En ambos casos, el deber de resarcimiento se incluye en el marco de una relación obligatoria; pero en un caso se trata de una obligación delictual y en otro de una relación contractual. Su configuración exterior se atiene al esquema de una relación obligatoria: un acreedor, un deudor, una exigencia de prestación”<sup>125</sup>.

Una vez nacida la obligación de reparar, se suele apuntar que la misma adquiere una serie de caracteres, en primer lugar, como una *deuda de valor*, ya que para evitar las controversias derivadas de los cambios en el valor de la moneda, su concreta cuantía se no se fija en el momento de producción del daño, sino cuando se produzca su reparación mediante condena; también es considerada como una *deuda no personalísima*, pudiendo transmitirse el crédito por cualquier acto *inter vivos* como *mortis causa* y, en último lugar se suele considerar una *deuda solidaria* por parte de la jurisprudencia en el caso de que

---

<sup>124</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil, Tomo II Derecho de Obligaciones*, 6ª edición, editorial Djusa, Madrid, 2009, p. 697.

<sup>125</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario artículo 1902 CC”, en la obra colectiva *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XXIV, Artículos 1887 a 1929 del Código civil*, coordinada por Albaladejo García, M., et al, editorial Edersa, Madrid, 2007, p. 26.



en la producción del daño concurra más de un agente, hecho éste último, objeto de exposición posterior<sup>126</sup>.

## **B) Los elementos generadores de la responsabilidad civil extracontractual**

Para que nazca la responsabilidad civil extracontractual exige el artículo 1902 CC la concurrencia de una serie de elementos como la necesaria la existencia de una acción u omisión que genere un daño, acción u omisión ilícita, imputable a un sujeto, y cómo no, debe existir una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño resarcible<sup>127</sup>.

El primero de los elementos objeto de análisis es el de la *acción u omisión*. Como resulta evidente, no pueden significar lo mismo ambos términos, pero sus consecuencias obtienen el mismo tratamiento. Con la figura de la “acción”, analizada con carácter lógico en primer lugar del resto de elementos de la responsabilidad civil<sup>128</sup>, se hace normalmente referencia al obrar voluntario por parte del ser humano, que puede ser objeto de imputación, ya que era controlable por su propia voluntad. Se suele distinguir la acepción jurídica del término, de la filosófica, ya que, para esta disciplina la acción humana siempre estará dirigida a la obtención de un fin, tanto lícito como ilícito, pero en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual dicha acción podrá ser imputable aunque no tuviera en la mente del individuo la posible creación de un determinado daño o perjuicio<sup>129</sup>.

Dentro de las acciones y antes de proceder a analizar el concepto de omisión, es necesario hacer referencia a las acciones involuntarias, es decir, posibles daños

---

<sup>126</sup>SÁNCHEZ CALERO, F.J., *et.al.*, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por hechos ilícitos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 596 y siguientes.

<sup>127</sup> Las sentencias del Tribunal Supremo del 10 y 25 octubre 1968, entre otras, consideran necesarios estos cinco elementos; pero más frecuente es reducirlos a tres. Así, las sentencias de 12 febrero 1981 y 16 marzo 1982 y muchas otras: La culpa extracontractual requiere acreditar la existencia de un resultado dañoso, la relación de causa a efecto entre la actividad dañosa y el daño causado, y la realidad de este.

<sup>128</sup> ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, editorial Cívitas, Madrid, 1977, p. 76.

<sup>129</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario artículo 1902 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, *cit.*, p. 4.

ocasionados por un tic, o un espasmo muscular entre otras. El Código civil argentino establece en su artículo 1750 la posibilidad de que el juez utilice la equidad para resolver la cuestión, pudiendo atribuir responsabilidad por la citada actuación, pero la doctrina española parece que se decanta por la no atribución de responsabilidad<sup>130</sup>.

En relación con las omisiones, el Código civil las considera en ocasiones causa de incumplimiento de las obligaciones<sup>131</sup>, pero existe mayor debate en la doctrina en la consideración de cuando una omisión será fuente de generación de responsabilidad civil extracontractual, considerándose en algunos casos que solo podrá ser considerada como tal, cuando dicha omisión infrinja el deber previo de actuar<sup>132</sup>. También se ha distinguido entre omisiones de actividad propia, como la que incurre el conductor que conduce sin luces por la noche y atropella a un peatón, donde si resulta lógico pensar que existirá una responsabilidad y, omisiones simples, donde la persona no realiza ninguna actividad, como la persona que no socorre a un herido en la calle, donde la doctrina suele opinar que solo se responderá cuando se omita un deber impuesto por la ley, o cuando la abstención tuvo lugar con la única intención de dañar<sup>133</sup>.

Existen pronunciamientos jurisprudenciales sobre las omisiones generadoras de responsabilidad, pero eso sí, en supuestos donde existía previamente un deber de actuar, ya que si no existiera el mismo, la omisión en cuestión no crearía un daño, sino que más bien, podría decirse que no lo evita<sup>134</sup>. Así, destacan supuestos de inexistencia de consentimiento informado en operaciones, donde la omisión en su obtención es

---

<sup>130</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 152 y 153.

<sup>131</sup> Artículo 1088 CC: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Artículo 1099 CC: “Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido”.

<sup>132</sup> LAWSON, H. F., *Negligence in the civil Law*, editorial Clarendon Press, Oxford, 1950, p. 29.

<sup>133</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, pp. 338 y 339.

<sup>134</sup> ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 35 y siguientes.

considerada causa de responsabilidad civil extracontractual<sup>135</sup>, o supuestos de diagnósticos equivocados por parte de médicos por la omisión en la realización de las pruebas necesarias para diagnosticar la correcta enfermedad, así la STS de 18 de febrero de 2015, establece: *“La asistencia médica continuada del facultativo resultó manifiestamente incompleta, ya que no realizó a la paciente ninguna exploración complementaria, como una ecografía, un TAC o un scanner abdominal, a fin de descartar las complicaciones que parecía presentar (...) una simple prueba ecográfica, efectuada tardíamente, hubiera evidenciado el curso progresivo de la infección en el abdomen, y hubiera evitado las consecuencias resultantes”*.

En cuanto al *daño*, ya que la acción u omisión debe generar un perjuicio a un sujeto, ya se ha visto anteriormente en sede de responsabilidad civil contractual, tanto el concepto de daño como las clases existentes, por lo que resulta oportuna la remisión al apartado donde se trata, comentándose ahora tan solo algunos factores del mismo que se aprecian en la responsabilidad civil de carácter extracontractual<sup>136</sup>.

En materia de daños extracontractuales resulta controvertida la aplicación del artículo 1107 CC ya examinado al estudiar la responsabilidad contractual, recordándose que, siendo tal precepto el que limitaba las consecuencias del deudor que no hubiera actuado con dolo a aquellas que se hubieran podido prever, mientras que el deudor doloso respondía de todos los daños causados. Se plantea aquí la posible aplicación del precepto al ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que podría llegar a considerarse

---

<sup>135</sup> STS de 21 de diciembre de 2016: *“El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis”*.

<sup>136</sup> Obsérvese, GARCIA GIL, F.J., *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*, editorial Dilex, Madrid, 2010.

injusto que acarreará la misma responsabilidad quien hubiera realizado la acción u omisión con ánimo de dañar, que quien actuó de manera negligente<sup>137</sup>.

A pesar de que existen sentencias que la admiten<sup>138</sup>, hay autores que niegan tal inclusión, ya que al considerar su aplicación al ámbito de las relaciones extracontractuales, se podría dar el supuesto que el dañado por una acción u omisión no dolosa se viera limitado en el *quantum* resarcitorio<sup>139</sup>.

En relación a la prueba del daño, el artículo 217.2 de la Ley de enjuiciamiento civil<sup>140</sup> determina que: “corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”. A pesar de lo anterior, debe destacarse que en lo relativo a la responsabilidad por hechos ajenos, se produce una inversión de la carga de la prueba como después se analizará con mayor detalle.

Además, pueden existir leyes especiales<sup>141</sup> que presupongan el daño en determinadas ocasiones, cuestión permitida por el artículo 385. 1 LEC: “Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba”.

En función de la exposición de los elementos definidores de la responsabilidad civil extracontractual realizada con anterioridad, resultaría necesario analizar la figura

---

<sup>137</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Cívitas, Madrid, 1993, p. 809.

<sup>138</sup> Entre otras, las SSTs de 5 de noviembre de 1982 y 18 de octubre de 1983.

<sup>139</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, tomo 4, editorial Reus, Madrid, 1993, p. 963 y siguientes.

<sup>140</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000.

<sup>141</sup> Por ejemplo el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen: “la existencia de perjuicio de presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

conocida como antijuricidad, pero debido al enorme debate sobre la misma, se expondrá en primer lugar la conocida como imputabilidad.

El elemento de la *imputabilidad* muy unido al de culpabilidad, hace referencia a la capacidad de comprender la injusticia de la acción y de obrar en consecuencia, de suerte tal que la STS de 20 de febrero de 1954 ya declaró que para decretar la existencia de una indemnización es necesario que se pueda imputar al agente en cuestión, la acción u omisión creada y sus consecuencias<sup>142</sup>. Se ha escrito que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual será imputable quien tenga “suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto”<sup>143</sup>.

El problema fundamental de la imputabilidad del daño radica precisamente, en los ocasionados por personas en situación de demencia, o los menores de edad, debiendo delimitarse si estos sujetos deben responder directamente de los citados daños, de forma subsidiaria o, no responder de las consecuencias civiles derivadas de su acción u omisión<sup>144</sup>.

En el Derecho histórico parece que la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz era negada por sistema, así, la ley IX, tít. I, Partida Séptima decía que: “*si fuesse menor de diez años e medio, entonces no le pueden acusar de ningún yerro que fiziesse. Esso mismo dezimos que serie del loco, o del furioso, o del desmemoriado, que lo non pueden acusar de cosa que fiziesse mientras que le durare la locura. Pero no son sin culpa*”

---

<sup>142</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario artículo 1902 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 12.

<sup>143</sup> GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 7, 1995, p. 95.

<sup>144</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, p. 348.

*los parientes dellos, quando no les fazen guardar; de guisa que non pueden fazer mal a otri*”<sup>145</sup>.

Sin embargo, la respuesta a esta cuestión parece no encontrarse en el Código civil, donde como se sabe, se regula la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 CC y siguientes, sino que se encuentra en la legislación penal de la cuestión<sup>146</sup>. Recuérdese, que al comienzo del presente trabajo se hizo referencia a la existencia de una denominada como responsabilidad civil ex delicto, regulada en el Código penal, y una responsabilidad civil extracontractual propia, que es la que regula el Código civil.

Pues bien, la regla primera del artículo 118.1. del vigente Código penal<sup>147</sup> establece que a los incapaces<sup>148</sup> y los menores de edad mayores de 14 años, se les puede imputar responsabilidad civil directa por los hechos delictivos realizados, aparte de la responsabilidad en las que incurra los padres y tutores por falta de diligencia. Además, añade que los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

De lo anterior se extrae que puede existir responsabilidad civil del incapaz y del mayor de 14 años pero todavía menor de edad, aunque esos mismos hechos no se les puedan reprochar penalmente, responsabilidad que podría llegar a ser directa y no subsidiaria<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 50 ss.

<sup>146</sup> CASAS PLANES, M.D., “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores. Estudio comparativo de su criterio de imputación”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 61, número 1, 2008, pp. 156 y siguientes.

<sup>147</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

<sup>148</sup> BERENGUER ALBALADEJO, C., La regulación de los sistemas de *common law*, de la cuestión puede encontrarse en la obra de “Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros. Especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del Common Law”, en *Revista de Derecho Privado*, número 97, 2013, pp. 3 a 51.

<sup>149</sup> A favor de la citada interpretación se encuentra PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1º del artículo 118.1 del Código Penal”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, número 3, 2017, página 20. También existen voces en contra de la citada interpretación, así por ejemplo, consúltese la obra de ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños*, 7º edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 118 a 120.

Ahora bien, faltaría por hacer referencia a los supuestos del menor de 14 años, cuya atribución de responsabilidad civil se encuentra negada<sup>150</sup> en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección del Menor<sup>151</sup>: “Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes”.

La doctrina civilista más autorizada considera clara la responsabilidad civil concurrente del menor de edad y del incapaz, junto con la de las personas que se encuentran a su cargo, ya que, entre otras cuestiones, el artículo 1902 no exige requisito de capacidad ni edad alguna, solo pide una conducta culposa que se derive de una acción u omisión<sup>152</sup>. Profundizando en lo anterior, “que cualquiera de las personas enumeradas en el artículo 1903 sea responsable en un caso concreto por los actos de un menor, en nada obsta para que él mismo pueda estar también obligado a responder directamente de acuerdo al artículo 1902 CC”<sup>153</sup>.

La jurisprudencia tampoco es unánime en la materia, así la STS de 10 de abril de 1988, niega la responsabilidad civil de un menor de 17 años de edad socorrista, por la muerte de un niño en la piscina, pero sin embargo la STS de 8 de marzo de 2002, confirmó la responsabilidad concurrente entre los progenitores de un menor de 17 años y él mismo, por un balonazo pegado a una niña, causándole la pérdida de visión.

---

<sup>150</sup> En la misma opinión de no atribución de responsabilidad civil al menor de 14 años, puede verse, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, *et.al.*, *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 549.

<sup>151</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000.

<sup>152</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, *cit.*, p. 275.

<sup>153</sup> MUÑOZ GARCÍA, C., “Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer”, en *Diario la Ley*, número 8719, 2016, p. 6.

Ahora sí, después de haber sintetizado los aspectos claves de la imputabilidad, es momento de empezar a analizar el elemento de la *antijuricidad* en la responsabilidad civil extracontractual. La antijuricidad de una conducta, equivale a que la misma es ilícita, es decir, es contraria al ordenamiento jurídico, pero en la materia objeto de estudio, la antijuricidad debe entenderse ampliada no solo a las normas existentes, sino también al principio general de *alterum non laedere*, es decir, la acción u omisión culposa, generadora del daño resarcible, es ilícita por violar el deber de convivencia general<sup>154</sup>.

La aplicación del elemento de la antijuricidad en la responsabilidad civil es una tarea compleja, que influirá en al menos tres cuestiones diferentes. Así, influirá en primer lugar en el sujeto pasivo de la conducta, es decir, determinará a la persona sobre la que se ha infringido alguna norma o deber genérico, también influirá en el contenido de la infracción y, en último lugar determinará si la conducta es indemnizable o no, por la presencia de posibles causas de justificación<sup>155</sup>.

La jurisprudencia admite la presencia de la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, así, entre otras, la STS de 15 de noviembre de 1979, estableció que: *“indispensable que la conducta lesiva ofrezca la nota de antijuridicidad por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigibles”* y, la STS de 16 de julio de 1991: *“es requisito bastante, para declarar la responsabilidad extracontractual, el de la ilicitud ampliamente entendida por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigibles y dañado bienes jurídicamente protegidos”*.

---

<sup>154</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, p. 354.

<sup>155</sup> SANTOS BRIZ, J., “Comentario artículo 1902 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, cit.*, p. 5.



Ahora bien, parte de la doctrina niega que la antijuricidad deba ser uno de los elementos definidores de la responsabilidad civil extracontractual. Sus argumentos, solidos por otra parte, parten de la no inclusión del término ilícito en el artículo 1902 CC, como si puede encontrarse en otros Códigos como el italiano en su artículo 2043 (daño injusto) o en el artículo 41 del Código suizo (aquel que causa daño de una manera ilícita). Además, continúan sus fundamentos considerando que está plenamente admitida la existencia de responsabilidad por determinados hechos lícitos<sup>156</sup>, como ocurre en supuestos especiales de responsabilidad objetiva, caso paradigmático el de la navegación aérea que se analizará posteriormente<sup>157</sup>.

Esta corriente doctrinal, también niega que la infracción del deber genérico *alterum neminem laedere*, suponga que una conducta sea antijurídica, de suerte tal que, “es conducta antijurídica la transgresión de una norma secundaria, circunstancia que puede estar detrás de la imputación, pero esto no es presupuesto necesario para ello, en la medida en que, como se reconoce, la responsabilidad puede surgir incluso del ejercicio de una actividad lícita o de un hecho que no viola ninguna norma”<sup>158</sup>.

Independientemente de que sea considerada o no un elemento autónomo de la responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que, existen en la práctica una serie de causas de justificación que han constituido óbice suficiente para no aparejar el deber de resarcir el daño causado por una acción u omisión culposa. La primera de estas causas de justificación que merecen ser destacadas es la que surge con la presencia del consentimiento de la víctima.

---

<sup>156</sup> Para este tipo de actos, entre los defensores de la antijuricidad, se ha acuñado el término de “acto lícito de consecuencia ilícita”. Véase, ORGAZ, A., *El daño resarcible: Actos ilícitos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 34.

<sup>157</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 156 y 157.

<sup>158</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 61.

En efecto, el *consentimiento de la víctima, o perjudicado* en términos más precisos<sup>159</sup>, ha sido una causa de justificación muy utilizada y asimilada en la jurisprudencia en el sector de la práctica deportiva<sup>160</sup>, tanto amateur, como la STS de 15 de marzo de 2007, donde se reconoce que el daño sufrido por un corredor de encierros, es culpa exclusiva suya, porque voluntariamente realizó la citada actividad peligrosa, y como no, en el terreno profesional, donde la STS de 9 de marzo de 2006, resolvió un supuesto donde un jugador profesional murió por el impacto de una bola movida en exceso por el ímpetu del viento. Incluso también ha utilizado esta causa de justificación en supuestos de actividades profesionales peligrosas, considerando la STS de 20 de diciembre de 2007 que: “*si el empleado del circo quiere dar de beber a los tigres de bengala abriendo el pestillo de seguridad y metiendo su brazo en la jaula, lo que no hacer es reclamar daños y perjuicios porque uno de los animales le arranque el brazo, pues su acción se revela carente de toda prudencia*”.

Otra causa de justificación, será la conocida como legítima defensa. En efecto, la *legítima defensa*, es una causa de justificación típicamente admitida en el derecho penal, es decir, quien comete un delito defendiéndose de un ataque del futuro dañado no responderá por el mismo. En materia propia de responsabilidad civil, el Código español no regula expresamente la cuestión, ya que como se establecía anteriormente tampoco regulaba expresamente la antijuricidad. La solución a la controversia se encuentra acudiendo al artículo 118 del Código Penal ya citado, el cual no considera que en supuestos de liberación de responsabilidad criminal por la concurrencia de legítima defensa, deba asumirse la responsabilidad civil derivada del acto. La STS de 28 de junio

---

<sup>159</sup> PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al artículo 1902”, en Comentarios al Código Civil, *cit.*, p. 2155.

<sup>160</sup> Obsérvese, MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, editorial Dykinson, Madrid, 2004.

de 1996, niega esta responsabilidad civil, para el caso donde un agente de seguridad mató mediando legítima defensa a su agresor<sup>161</sup>.

La siguiente causa de justificación objeto de análisis es el conocido como *estado de necesidad*. Ante la ausencia de regulación en el Código civil, se debe acudir, como ocurría anteriormente en el caso de la legítima defensa, al artículo 118 del Código penal quien en este caso, en la regla tercera de su punto primero, establece que en caso de necesidad: “Serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado”. De lo anterior, cabe argumentar, que la legítima defensa no es considerada como una verdadera causa de justificación de la responsabilidad civil extracontractual<sup>162</sup>.

La última causa de justificación objeto de análisis es la derivada del abuso del derecho. La teoría del *abuso del derecho* en España se atribuye en gran medida a la sentencia STS de 14 de febrero de 1944, de la que fue magistrado CASTÁN TOBEÑAS. En efecto, hasta la citada fecha, la regla principal en el uso de un derecho subjetivo, es que quien usaba su propio derecho no podría dañar a nadie, axioma romano conocido como *qui suo utitur naeminem laedit*<sup>163</sup>.

La citada sentencia resolvía un supuesto donde una empresa de Barcelona en el ejercicio del derecho que se la había concedido por parte del ayuntamiento había causado con su actuación importantes daños a otra empresa. Así, a pesar de no contener norma alguna que justificara la apreciación de responsabilidad civil por dicha acción, la

---

<sup>161</sup> BUSTO LAGO, J.M., “Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil ex delicto. Antijuricidad Efectos de las causas de exclusión de la antijuricidad en la responsabilidad civil extracontractual. Legítima defensa”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 42, 1996, p. 1155

<sup>162</sup> Profundícese, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Illicitud, culpa y estado de necesidad: (un estudio de responsabilidad extracontractual en los códigos penal y civil)*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

<sup>163</sup> Sobre el citado principio, obsérvese, MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., “Qui suo iure utitur neminem laedit”, en la obra colectiva coordinada por Reinoso Barbero, F., *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 769 a 806.

sentencia concluyó que: “*los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o la sociedad*”.

En la actualidad, el artículo 7.2 del CC regula la citada figura<sup>164</sup>, precepto sobre el que se considera que es uno “de los más avanzados en relación con los que pueden encontrarse en la legislación comparada”<sup>165</sup>, aunque será de aplicación excepcional, ya que habrá muchas conductas humanas que causaran molestias en los demás, dando lugar a lo que algún autor ha denominado, *servidumbres de paso*<sup>166</sup>.

Una vez analizados los anteriores elementos definidores de la responsabilidad civil extracontractual, es el momento de adentrarse en el elemento restante, que no puede ser otro que la necesidad que exista una relación causal entre la acción u omisión culposa y el daño sufrido por la persona que no tenía obligación de soportarlo. Será por tanto, la problemática sobre la *relación de causalidad* expuesta en las siguientes líneas, de la que se ha escrito, es la más compleja dentro de la institución del Derecho de daños<sup>167</sup>.

La necesidad del nexo causal como elemento de la responsabilidad civil es elemento inexcusable, así la STS de 22 de febrero de 1946 establecía que: “*en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, es más*

---

<sup>164</sup> Artículo 7.2 CC: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

<sup>165</sup> GARCIA CALVO, M., “Consideraciones sobre el abuso del derecho”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, número 1015, p. 10.

<sup>166</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Comentario al artículo 1902 CC”, *op.cit.*, p. 352.

<sup>167</sup> FLEMING, J.G., *The law of Torts*, editorial LBC information Services, Sidney, 1998, p. 218.

*bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar”.*

A lo largo de la historia se han construido diferentes teorías sobre la causalidad, destacando en primer lugar la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, cuyo germen se encuentra en la doctrina alemana penalista del siglo XIX. El fundamento de la citada teoría radica en considerar equivalentes todas las causas que se han producido con anterioridad al resultado, sin entrar a ponderar el resultado de cada una de ellas<sup>168</sup>. El propio Tribunal Supremo ha utilizado dicha teoría en diferentes ocasiones, de hecho todavía se refiere a ella, así la STS de 30 de junio de 2009, establece que: *“la causalidad material o física, es la primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”.*

Sin embargo, esta doctrina nunca ha sido mayoritaria, siendo duramente criticada por la doctrina autorizada, así, “la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, proporciona un concepto que se encuentra manifiestamente basado en el molde de las ciencias naturales y que es por ello muy del gusto de la vieja escuela positivista, pero que no tiene en cuenta las finalidades específicas del Derecho en general y del instituto de la

---

<sup>168</sup> El autor de la misma fue el penalista alemán VON BURI. Véase, IZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad extracontractual*, cit., página 207. El profesor Izquierdo Tolsada cita también en su obra, una importante crítica sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones, crítica realizada por BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, página 479: “Si se aplicara esta tesis, desembocaría en la afirmación de que todos son responsables de todo: sería autor de adulterio, junto al varón que yace con la mujer casada con otro hombre, el carpintero que hizo la cama”.

responsabilidad civil en particular, por lo que no es de extrañar que pueda conducir a resultados prácticos que, prima facie, hay que rechazar”<sup>169</sup>.

La siguiente teoría que debe ser destacada es la conocida como *causalidad próxima*, según la cual, solo será considerada causa del hecho dañoso, la acción más cercana al mismo, es decir, la última que se hubiera realizado antes del acaecimiento del mismo. Dicha teoría ha sido utilizada por la STS de 21 de marzo de 1950, donde se demandó a unos cirujanos por no haber logrado los pacientes el resultado estético esperado, en palabras del Tribunal, la causa del mal resultado fue: “Por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, pues no puede admitirse la teoría de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir, brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente, que en este caso no es imputable a los médicos”<sup>170</sup>.

Sin embargo, las críticas a esta teoría, provocaron la aparición de la denominada teoría de la *causalidad adecuada*. En efecto, a pesar de la existencia de diferentes teorías sobre la causalidad, como se ha expuesto, parece que la teoría de la causalidad adecuada<sup>171</sup>, se ha impuesto a las demás, la cual afirma, “que es adecuada la causa que más previsiblemente genera el resultado. Esa posibilidad y previsibilidad se determinan por la experiencia, considerando lo que normalmente acaece –*id quod plerumque accedit*– según la experiencia diaria. No requiere, pues, absoluta certeza, pero sí cierta regularidad

---

<sup>169</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, 1ª edición, editorial Cívitas, Madrid, 1999, p. 334.

<sup>170</sup> INFANTE RUIZ, F.J., *La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y "causas hipotéticas"*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 56 y siguientes.

<sup>171</sup> El origen de la citada teoría data de finales del siglo XIX y es atribuida con carácter general a Luis von Bar (1871), teoría que fue objeto de fundamento y desarrollo posterior por parte de fisiólogo Von Kries. Obsérvese al respecto la obra de REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de eximición de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en la obra colectiva *Tratado de responsabilidad civil*, coordinada por Reglero Campos, L.F y Busto Lago, J.M., 5ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 782 a 783.

en el acaecer: el conocimiento es experiencial y requiere que habitualmente a tal acto le sobrevenga cual consecuencia”<sup>172</sup>.

Para determinar cuál es la causa adecuada, “es necesario efectuar una determinación ex post facto de la previsibilidad del acaecimiento del resultado en razón de las condiciones precedentes. A ese *mirar hacia atrás* para evaluar la adaptación se lo llama prognosis póstuma o retrospectiva; algunos autores sintetizan el concepto con esta frase: Realizar un *análisis prospectivo–retrospectivo causal*, o *pronóstico objetivo ulterior*, y otros diciendo que es un *juicio retrospectivo de probabilidad*, de previsibilidad”<sup>173</sup>.

Sobre la citada teoría, puede destacarse el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de enero de 1992, donde sistematiza los principios de la misma: “*El principio de causalidad adecuada exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente aceptada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la existencia de responsabilidad; es consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre el antecedente (causa) y una consecuencia (efecto)*”.

Una vez analizada la problemática de la relación causal<sup>174</sup>, se da por terminado el análisis de los elementos de la responsabilidad civil contractual, siendo necesario para

---

<sup>172</sup> ANDRÉS MELCHIORI, F., “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XLVII, 2016, p. 97.

<sup>173</sup> MELCHIORI, F.A., “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, número XLVII, 2016, p. 26.

<sup>174</sup> Problema no resuelto por la jurisprudencia, como resumen acertadamente, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad civil; relación de causalidad”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 17, 1988, p. 385: “en el tema de la relación causal, la jurisprudencia se inclina por las frases imprecisas y los conceptos elásticos y ambiguos, adoptando posiciones poco comprometidas, no tanto en el fallo, como en su argumentación, que difícilmente pueden servir para formar un cuerpo doctrinal útil”.

culminar el análisis del régimen aquiliano, continuar exponiendo los preceptos que siguen al artículo 1902 del Código civil.

### **C) El régimen de responsabilidad civil por hechos ajenos y la responsabilidad civil de carácter objetivo**

Como se ha expuesto en el presente trabajo con anterioridad, no es únicamente el artículo 1902 del CC el que determina el régimen de responsabilidad civil extracontractual, como ocurría con el artículo 1101 del CC en la responsabilidad civil contractual, sino que en el artículo 1903 CC<sup>175</sup> se regula la denominada responsabilidad *indirecta o por hechos ajenos*. En el citado precepto se articula la responsabilidad de los padres o tutores por los hechos de sus hijos menores o incapaces<sup>176</sup>, los del empresario respecto a los hechos de su trabajador<sup>177</sup> y la de los docentes respecto a los actos realizados bajo su supervisión<sup>178</sup>.

Respecto a este tipo de responsabilidad que parece seguir siendo subjetiva, aunque existen dudas doctrinales al respecto<sup>179</sup>, se debe destacar el inciso final del artículo 1903

---

<sup>175</sup> Artículo 1903 CC: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

<sup>176</sup> Obsérvese la obra de PAÑOS PÉREZ, A., *Responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, editorial Altetier, Barcelona, 2010.

<sup>177</sup> Obsérvese la obra de BELUCHE RINCÓN, I., “La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 25, 2010, pp. 207 a 219.

<sup>178</sup> Obsérvese la obra de SANJUAN Y MUÑOZ, E., *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente: Evolución y situación actual: (análisis civil, penal y administrativo de la cuestión)*, editorial Bosh, Barcelona, 2001.

<sup>179</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op.cit.*, pp. 726 a 730. El citado autor argumenta que los supuestos del artículo 1903 CC deben ser considerados como responsabilidad objetiva. De hecho dicha opinión puede sustentarse en el texto de diferentes fallos judiciales, así, por ejemplo, la STS de 30 de junio de 1995: “la responsabilidad declarada en el artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad



CC que invierte la carga de la prueba, debiendo ser los sujetos nombrados con anterioridad, los que demuestren que actuaron la suficiente diligencia como para no responder de los actos hechos por el tercero. Además, se trata de una responsabilidad que no es subsidiaria, “se establece en este sistema una inversión de la carga de la prueba con una presunción *iuris tantum* de culpa del que debe responder por otro, no estamos ante una responsabilidad subsidiaria del autor del hecho dañoso”<sup>180</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual como se aludió en los inicios del presente apartado, no se encuentra solamente diseñada mediante un sistema de carácter subjetivo en todos los casos, sino que el paso del tiempo a determinado que en muchos supuestos<sup>181</sup>, el criterio de atribución de responsabilidad sea el *riesgo* que crean determinadas actividades, es decir, aparece en escena una responsabilidad civil de tipo *objetivo*, es decir, la que surge sin que exista culpa o negligencia por parte del sujeto al que se le imputa el daño<sup>182</sup>.

Es hecho notorio que la primera ley especial que rompe el sistema establecido de la culpa, tuvo su aparición en el sector de los ferrocarriles, tratándose de la Ley prusiana sobre el transporte ferroviario de 30 de noviembre de 1833, donde se instauró un sistema de responsabilidad civil basado en el riesgo, para cubrir los accidentes producidos tanto a los pasajeros como a los trabajadores<sup>183</sup>. Es evidente, que el paso del tiempo ha ido

---

por culpa o negligencia, no menciona el dato de la culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva”.

<sup>180</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: Barreras entre ambas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, volumen XLVI, 2013, p. 210.

<sup>181</sup> A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1963 establece que: “*Es una aspiración del Derecho Moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del daño no culpable, que sobrevenga a consecuencia de actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guardia, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos más progresivos: teoría de la responsabilidad sin culpa, del riesgo jurídico de la causalidad*”.

<sup>182</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 13, 1962, pp. 25 a 65.

<sup>183</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 255.

configurando nuevas actividades económicas que crean enormes riesgos, como por ejemplo, la navegación aérea, y, como no, el desarrollo informático crea nuevas formas de responsabilidad civil, como la derivada de la violación del derecho fundamental a la protección de datos por parte de motores de búsqueda y redes sociales que, constituyen el objeto del presente trabajo<sup>184</sup>.

En palabras del propio Tribunal Supremo en su STS de 16 de febrero de 1988: *“en cuanto se refiere a la responsabilidad por riesgo, es doctrina jurisprudencial que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo impone el artículo 1902 del Código Civil, si bien para el juicio de reproche era suficiente que el sujeto activo no hubiere procedido con el cuidado indispensable para evitar el resultado dañoso, como ya resaltaba de los textos clásicos, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa”*.

Los supuestos de responsabilidad civil objetiva vienen determinados en el Código civil pero también en leyes especiales, destacándose en primer lugar, los supuestos regulados en el Código civil son:

---

<sup>184</sup> El desarrollo tecnológico e informático parece no tener límites, ¿Quién le iba a decir al creador de la Ley prusiana sobre el transporte ferroviario, que algún día aparecerían supuestos de responsabilidad civil cometidos por robots? Pues bien, ya existen en la sociedad. Sobre ello, resulta interesante la lectura de la obras, de DÍAZ ALABART, S., *Robots y responsabilidad civil*, editorial Reus, Madrid, 2018 y, BARRIOS ANDRÉS, M., *Derecho de los robots*, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

- El *dueño de un animal responde de los actos del mismo*<sup>185</sup>, cuestión regulada en el artículo 1905 CC: “el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

- El *propietario de una heredad de caza*<sup>186</sup> responde también de los actos que se produzcan, en la forma recogida en el artículo 1906 CC: “el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”.

- La denominada *responsabilidad del propietario por ruina*<sup>187</sup>, recogida en el artículo 1907 CC: “el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias”.

- La *responsabilidad del propietario por incendios, humos, caída de árboles, o vertido de fluidos*<sup>188</sup>, cuya sistema objetivo de responsabilidad aparece en el artículo 1908 CC: “igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4.º

---

<sup>185</sup> COLINA GAREA, R., *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales (un análisis desde la interpretación jurisprudencial del art. 1905 CC)*, editorial Reus, Madrid, 2014.

<sup>186</sup> Obsérvese, DEL OLMO GARCÍA, P., “Artículo 1906. Responsabilidad del propietario de heredad de caza”, en la obra colectiva coordinada por Cañizares Laso, A., *Código civil comentado*, editorial Aranzadi, Pamplona, volumen 4, 2011, pp. 1488 a 1493.

<sup>187</sup> CARRASCO PERERA, A., “Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2006, pp. 1-27.

<sup>188</sup> Obsérvese, ALGARRA PRATS, E., *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

- La responsabilidad por *defectos de construcción*<sup>189</sup> de los daños derivados en el anterior supuesto analizado, donde el artículo 1909 CC: “si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal”.

- La responsabilidad del cabeza de familia por los *objetos caídos o arrojados de la casa*<sup>190</sup>, regulados en el artículo 1910 CC: “el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”.

Una vez expuestos los supuestos de responsabilidad objetiva regulados en el Código civil, es necesario exponer algunos casos regulados en leyes especiales:

- Los daños de la administración pública, donde el sistema de responsabilidad objetiva se encuentra determinado en el artículo 32 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*<sup>191</sup>, donde se establece lo siguiente: “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los

---

<sup>189</sup> Obsérvese, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico de la responsabilidad civil por defectos de construcción*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

<sup>190</sup> Obsérvese, RODRÍGUEZ MARÍN, C., “La responsabilidad del patrimonio familiar del artículo 1910 del código civil”, en la obra colectiva coordinada por Sánchez Calero, F.J., *Protección del Patrimonio Familiar*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 349 a 390.

<sup>191</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

- Los daños por productos y servicios defectuosos, donde el sistema de responsabilidad objetiva aparece regulada en el artículo 128 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias: “todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”.

- Los daños producidos por vehículos a motor, recogidos en el artículo 1 del *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*<sup>192</sup>, donde se establece que: “el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”.

- Los daños producidos como consecuencia de la *navegación aérea*, donde el artículo 120 de la *Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea*<sup>193</sup>, establece que, “La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”.

---

<sup>192</sup> Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, «BOE» núm. 267, de 05 de noviembre de 2004.

<sup>193</sup> Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, «BOE» núm. 176, de 23 de julio de 1960.

- Los daños provenientes de la *energía nuclear*, regulados en la *Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*<sup>194</sup>. El artículo 4 de la misma establece el sistema de responsabilidad objetivo: “el explotador de una instalación nuclear será responsable de los daños nucleares definidos en esta ley durante el almacenamiento, transformación, manejo, utilización en cualquier forma o transporte de sustancias nucleares. Esta responsabilidad será independiente de la existencia de dolo o culpa”.

- Los supuestos de daños en las *actividades de caza*, regulados en la *Ley 1/1979, de 4 de abril, de Caza*<sup>195</sup>. El artículo 33 de la cita norma establece claramente una responsabilidad de carácter objetivo: “los titulares de aprovechamientos cinegéticos definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos”.

- Los accidentes de tráfico con especies cinegéticas, regulados en la *Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad*<sup>196</sup>. El régimen de responsabilidad objetivo se encuentra descrito en la Disposición Adicional séptima: “en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpan en aquéllas. No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que

---

<sup>194</sup> Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, «BOE» núm. 127, de 28 de mayo de 2011.

<sup>195</sup> Ley 1/1979, de 4 de abril, de Caza, «BOE» núm. 82, de 6 de abril de 1970.

<sup>196</sup> Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

haya concluido doce horas antes de aquél. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos.

- Los daños producidos a las *víctimas del terrorismo*, que son reconocidos mediante las Leyes 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo <sup>197</sup>.

Tas la enumeración de los principales supuestos de responsabilidad civil objetiva recogidos en leyes especiales, en último lugar se debe destacar que la acción para reclamar una responsabilidad civil de carácter extracontractual tiene un plazo de prescripción de un año, en virtud de lo establecido en el artículo 1968.2 del CC, plazo que como se puede observar y después se acentuará más detenidamente constituye una importante diferencia con respecto al régimen de la responsabilidad civil de carácter contractual.

El análisis realizado sobre la responsabilidad civil de carácter extracontractual, será básico cuando se examinen los supuestos de actividad contraria al derecho fundamental a la protección de datos efectuado por los motores de búsqueda en Internet.

---

<sup>197</sup> Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre. A tenor de la anterior Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, BOE» núm. 242, de 9 de octubre: “el Estado asume el pago de las indemnizaciones que lo son debidas por los autores”.

#### **IV. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD**

La jurisprudencia, desde antiguo, ha venido distinguido entre los dos tipos de responsabilidad analizados en el presente trabajo, así, cabe citar la STS de 3 de mayo de 1968: *“la culpa consiste, bien en la omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, de la diligencia en las relaciones humanas, mediante cuya aplicación podía haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido – culpa extracontractual o aquiliana- o bien en la acción u omisión voluntaria, asimismo realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación contractual; la primera representa un daño realizado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico común a todos los hombres, de no dañar a otro (alterum non laedere); la segunda presupone una relación persistente – generalmente un contrato y de ahí su calificación como contractual – entre el autor del daño y la víctima del mismo”*.

##### **A) Elementos distintivos entre ambos regímenes**

Después de aludir a la distinción terminológica, se pueden enumerar una serie de diferencias importantes entre la responsabilidad civil de carácter contractual y la responsabilidad civil de carácter extracontractual, aunque como después se expondrá, existen muchos supuestos donde ambos regímenes se difuminan e incluso se pueden aplicar de forma conjunta. Las principales diferencias son:

- La principal, y por eso es la primera distinción que se expone, es la relativa al *plazo de prescripción*. Como se indicó, el plazo para el ejercicio de la acción derivada de la responsabilidad civil contractual es de cuatro años, mientras que si la acción estuviera fundada en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual sería de un año<sup>198</sup>,

---

<sup>198</sup> Sobre el computo de este plazo resulta muy interesante la lectura de la obra de LOUTAYF RANEA, R., “nicio del curso del plazo de prescripción en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, número 8, 2013, pp. 35 a 49.



también se razonó, que con anterioridad a la importante reforma del año 2015 del Código civil, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual ascendía a quince años<sup>199</sup>.

Es enorme, por tanto, la desigualdad para el dañado extracontractualmente, que dispondrá de tan parco tiempo para interponer su acción. El antecedente del plazo de prescripción de un año, procede del Derecho romano, a través de la *actio iniuriae*, que luego pasó a Las Partidas y la acogió el Proyecto de Código civil<sup>200</sup>.

Las consecuencias prácticas de esta distinción son importantes, naturalmente, no siendo infrecuente que el perjudicado por una actuación u omisión culposa no pueda obtener el resarcimiento del año acaecido en su persona, porque se le hubiera transcurrido el brevísimo plazo de un año. Para tratar de paliar situaciones dudosas, el Tribunal Supremo tiene sentado el reconocido principio de aplicación restrictiva de la prescripción, así, para la STS de 17 de marzo de 1986: “*no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción, que, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo*”. Ahora bien, no se debe confundir este principio, con la posible aplicación de un régimen contractual a las demandas de responsabilidad civil claramente extracontractuales, solo con la intención de intentar favorecer a la víctima que ha visto como el plazo de un año propio de tal régimen, ha transcurrido<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> ELGUERO MERINO, J.M., “Prescripción de la RC contractual: de 15 a 5 años”, en *Boletín responsabilidad contractual y seguros*, número 2, 2015, pp. 12 y 13.

<sup>200</sup> NAVARRO VILARROCHA, P., “La prescripción de las acciones de responsabilidad civil por culpa”, en *Revista general de derecho*, número 428, 1980, pp. 519 a 526.

<sup>201</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio de los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Análisis de sus fronteras”, en la obra colectiva coordinada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, edita la Universidad de Murcia, 2011, pp. 121 y 122.

Sin embargo, se pueden encontrar en numerosas ocasiones donde la jurisprudencia<sup>202</sup> extrapola el régimen contractual para favorecer a la víctima, así la STS de 26 de enero 1984, donde se estableció que la culpa contractual: *“puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que (...) aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del artículo 1902 CC, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual”*.

Ahora bien, la extrapolación de los regímenes, ha sido una cuestión objeto de crítica por los propios Tribunales, así, la STS de 16 de marzo de 2010 considera que: *“una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico”*.

Como consecuencia de lo anterior, la mejor doctrina considera necesaria la ampliación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, en base al siguiente argumento: *“ha llegado la hora de que el cruel plazo de un año se amplíe, abandonándose de una vez la idea de que detrás del concepto de daño existe un sustrato*

---

<sup>202</sup> Ha sido frecuente la aplicación del régimen contractual y del beneficioso plazo de prescripción, en materia de daños sufridos por pacientes del servicio público de salud. Así, entre otras, la STS de 18 de febrero de 1997: *“En puridad dogmática el presente es un supuesto de responsabilidad contractual, pues se da el doble requisito para así configurarla: la existencia de relación jurídica preestablecida inter partes, sea propiamente contractual o análoga, como es la relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, y la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo de un contenido negocial”*.

inmaterial próximo a la deshonra que hace que a partir de una docena de meses desde la producción del daño, si el perjudicado no actúa es porque perdonó la ofensa”<sup>203</sup>.

- Otra diferencia importante radica en que en la responsabilidad contractual cabe la posibilidad de que las partes pacten *cláusulas de modificación de la responsabilidad*<sup>204</sup>, posibilidad que no existe en el régimen de responsabilidad extracontractual, al no regularse ninguna situación jurídica previa a la obligación de indemnizar.

Sobre la presente diferencia, debe añadirse que ha servido para catalogar en la jurisprudencia primigenia sobre el asunto, a los daños morales como extracontractuales, aunque después se enmendó tal situación. Así, por la ausencia en la aplicación de posibles pactos de prevención de riesgos entre las partes, “suele ser tan complicado que el contratante que sufre un daño moral derivado de contrato pueda ver atendida su reclamación por la vía contractual, con el pretexto de que las agresiones de esta naturaleza caen por concepto fuera de la órbita de lo previsto por los contratantes; y por lo mismo, lo común ha venido siendo tratar de obtener el resarcimiento por la vía aquiliana”<sup>205</sup>.

La STS de 22 de julio de 1997, resolvió un asunto donde se intentaron aplicar por la demandada una serie de cláusulas de exoneración de la responsabilidad en un proceso donde se le exigía resarcir un daño extracontractual, considerando que: “*no se puede plantear la aplicación de normas de Código civil relativas al contrato ni normas contractuales, ni la jurisprudencia relativa a ello*”.

---

<sup>203</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual, cit.*, p. 550.

<sup>204</sup> No está de más recordar que dichas cláusulas no son absolutas sino que como es sabido existen ciertos derechos o renunciaciones que por ejemplo un consumidor no puede realizar. Para profundizar, obsérvese la obra de PINTO MONTEIRO, A., “Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 83, 1994, pp. 195 a 214.

<sup>205</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual, cit.*, p. 103.

A pesar de ser prácticamente unánime la distinción entre ambos regímenes<sup>206</sup>, REGLERO CAMPOS considera aplicables dichas cláusulas de modificación de la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, considerando al respecto que, “si pueden oponerse las cláusulas de exoneración establecidas por la ley para casos de responsabilidad extracontractual, y siendo el contrato ley entre las partes, no veo las razones por las que no puedan ser igualmente opuestas las limitaciones convencionales de responsabilidad cuando se haya ejercitado y admitido la demanda por vía extracontractual”<sup>207</sup>.

- Otra de las diferencias radica en la forma de responder *frente al hecho del tercero*, así, mientras que en la responsabilidad contractual se responde por el hecho del tercero, entiéndase sujeto dependiente laboralmente o representante del mismo, directamente en virtud de lo establecido en el artículo 1101 CC, en la responsabilidad civil extracontractual se responde en virtud de lo establecido en el artículo 1903 CC que invertía la carga de la prueba, dando la oportunidad de demostrar a los sujetos expuestos con anterioridad, de que habían actuado con diligencia para prevenir los daños creados por quienes deben vigilar o responder.

La principal diferencia radica, como se ha expresado, en la inversión de la carga de la prueba, de suerte tal que, el empresario puede probar que actuó con diligencia para librarse de responder en un caso de responsabilidad civil extracontractual, frente a un

---

<sup>206</sup> BARROS BOURIE, E., “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en la obra colectiva coordinada por el mismo autor, *Derecho de Daños*, editada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 142 y siguientes.

<sup>207</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 139.

hecho de su trabajador, pero sin embargo, si el hecho dimanante de la responsabilidad civil es de carácter contractual, no se producirá esta inversión de la prueba<sup>208</sup>.

Ahora bien, la doctrina crítica en ciertos aspectos esta diferencia, ya que, “en la práctica jurisprudencial los responsables del artículo 1903 CC encuentran serios impedimentos para que se admita la prueba exoneratoria de su diligencia, lo que casi equipara este régimen al de los supuestos de responsabilidad vicaria, que presupone la responsabilidad objetiva del principal por la conducta de sus dependientes”<sup>209</sup>.

El profesor IZQUIERDO TOLSADA, se une a este grupo de críticas considerando que, “ambas formas son actualmente incondicionadas, siendo prácticamente imposible que un empresario se libere de responsabilidad extracontractual por haber demostrado que empleó la diligencia debida. Además la misma laxitud en cuanto al vínculo entre principal y dependiente la encontramos en la esfera extracontractual: hace falta bien poca dependencia o subordinación para responder del hecho del otro”<sup>210</sup>.

- Resulta interesante recalcar el régimen de responsabilidad de los sujetos que intervienen en la responsabilidad. Así, si existiera más de un deudor contractual, estos deberán responder *mancomunadamente*, mientras que si existiera más de un deudor extracontractual, estos deberán responder *solidariamente*, es decir, ambos padres responderían solidariamente del daño creado por su hijo menor o incapaz, por ejemplo.

Sobre la citada diferencia deben realizarse una serie de precisiones. Así, en primer lugar, se debe aludir al artículo 1137 CC, que establece a priori una presunción de

---

<sup>208</sup> Obsérvese el artículo 1563 del CC donde es el arrendatario y no el arrendador quien sostiene la carga de la prueba: “El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya”.

<sup>209</sup> MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario a los artículos 1902 a 1910 CC”, en la obra colectiva coordinada por Domínguez Luelmo, A., *Comentario al Código civil*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2056.

<sup>210</sup> IZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 105.

mancomunidad aplicable a todas las obligaciones, así, “la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

De la lectura del anterior precepto parece desprenderse la idea que no existiría ninguna diferencia entre el régimen de responsabilidad civil contractual y el extracontractual, porque a ambos se le debería aplicar la regla general de la mancomunidad cuando en el hecho dañoso intervinieran varios agentes. Sin embargo, el Tribunal Supremo se pronuncia al respecto sosteniendo la tesis contraria en favor de la solidaridad en la responsabilidad civil extracontractual de manera uniforme, sobre todo cuando no se puede individualizar la responsabilidad concreta de cada sujeto, lo que es muy frecuente<sup>211</sup>.

Pero no siempre fue esta la argumentación del Tribunal Supremo, sino que la jurisprudencia más primitiva sostenía, como destaca la STS de 14 de junio de 1943 que: *“hoy por hoy, la solidaridad no se presume, y no es lícito hacerlo a pretexto de existir fundamentos de justicia y de equidad”*. Ahora bien, el cambio en la postura fue radical, llegando a considerar la STS de 8 de mayo de 1991 que la solidaridad extracontractual: *“no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial”*.

Ahora bien, en el caso de la intervención de varios agentes en la causación de un daño resarcible mediante el instrumento de la responsabilidad civil extracontractual, donde sí puedan delimitarse claramente la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, el Tribunal Supremo admite la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, pero

---

<sup>211</sup> CRISTOBAL MONTES, Á., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 67.

estableciendo unas cuotas internas de responsabilidad, para en el caso de que la demanda se dirija solo contra uno de los dañantes, pudiendo este repetir contra los demás por el importe o porcentaje de las cuotas de cada uno de ellos<sup>212</sup>.

La solución adoptada por la jurisprudencia no se está exenta de críticas, así existen autores que consideran que la solidaridad solo debería existir en los supuestos donde se demuestre la existencia de un pacto formal o informal entre los sujetos que producen el daño y, en aquellos donde la actuación del primer agente incide o provoca la acción del segundo de ellos<sup>213</sup>.

- Otra importante diferencia que se puede originar entre ambos regímenes radica en el ámbito de la cobertura del *seguro de responsabilidad civil*. Se encuentra regulado en el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro<sup>214</sup>, según el cual “en el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

La decisiva cuestión que suscita el seguro de responsabilidad civil<sup>215</sup> es, si es válido para cubrir los daños ocasionados por la responsabilidad civil extracontractual o solo será válido para cubrir los daños contractuales. La respuesta deberá venir determinada en la póliza del mismo, ya que el artículo 73 anteriormente citado no resuelve la cuestión<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de responsabilidad civil”, en la obra colectiva coordinada por Reglero Campos, F., y Busto Lago, J.M., *Tratado de Responsabilidad civil*, tomo 1, editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 1016 y 1017.

<sup>213</sup> GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 381 y siguientes.

<sup>214</sup> Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

<sup>215</sup> Véase, PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, editorial Tecnos, Madrid, 1998.

<sup>216</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 141.

Ahora bien, el problema se acrecienta cuando en la póliza del seguro se determina que se cubre un tipo de daño y una vez acaecido el mismo, no existen certezas para catalogarlo de manera contractual o extracontractual, es decir, que existen dudas sobre su calificación. El Tribunal Supremo en su STS de 10 de junio de 1991, resolvió un caso similar condenando a una aseguradora a pagar los daños sufridos por un usuario de una estación de esquí, considerando ésta última que el daño era contractual y el seguro existente entre la compañía y la estación de esquí solo cubría los daños regulados en los artículos 1902 y siguientes del Código civil<sup>217</sup>.

### **B) Puntos de conexión entre ambos regímenes: la concurrencia de acciones**

Una vez enunciadas las principales diferencias de ambos regímenes de responsabilidad, deben exponerse una serie de circunstancias que han venido a conseguir que en la práctica judicial, las diferencias sean mínimas o inexistentes, ya que como se expondrá, en muchas ocasiones se ha permitido, y se permite, al dañado por optar en su demanda por elegir los fundamentos de la responsabilidad civil contractual, recuérdese con un mayor plazo de prescripción, o la responsabilidad civil extracontractual.

De hecho, el Tribunal Supremo ha introducido, como puede observarse en su sentencia de 22 de diciembre de 2008, la teoría que aunque exista contrato, si el daño no se produce en la estricta orbita de lo pactado<sup>218</sup>, puede generarse responsabilidad civil de carácter extracontractual, así según la sentencia: *“es aplicable el régimen de responsabilidad*

---

<sup>217</sup> De la sentencia citada se extrae lo siguiente: *“La culpa imputada por la sentencia recurrida a la empresa, no nace de un defectuoso cumplimiento por ella de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte, de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial”*.

<sup>218</sup> Parte de la doctrina critica la utilización por parte de la jurisprudencia de este concepto jurídico indeterminado, de hecho el profesor Perera Carrasco propone el término orbita de riesgo para superar dicha complejidad. Véase PERERA CARRASCO, A., *op.cit.*, p. 28.



*extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación”.*

Un ejemplo práctico de la aplicación de la teoría de la estricta órbita de lo pactado, para delimitar unos daños como extracontractuales, mediando contrato entre las partes, puede encontrarse en la STS de 19 de junio de 1984. La citada sentencia consideró que los daños producidos por el hijo del arrendatario en la vivienda como consecuencia del desarrollo de una actividad de soldadura del depósito de una motocicleta eran de carácter extracontractual, porque: *“tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código civil, no siendo además bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opera con exclusión de la aquiliana”.*

Las críticas a la teoría de la rigurosa órbita de lo pactado tienen un fundamento lógico y de peso. Así, pueden resumirse adecuadamente, considerando que no aceptar esos incumplimientos como hechos generadores de responsabilidad contractual, “equivaldría a sostener que el contrato opera en vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código civil”<sup>219</sup>.

La anterior teoría, pone de manifiesto la enorme dificultad existente en la práctica para distinguir entre supuestos donde un mismo hecho puede sustanciarse por la vía de la

---

<sup>219</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual, cit.*, p. 128.

responsabilidad contractual o extracontractual, permitiéndose en la práctica que se presenten demandas con los argumentos de los dos sistemas para permitir su admisión y resolución, formándose una especie de *concurso* entre los sistemas.

La tesis del concurso de acciones puede encontrarse resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1999, “*conocidas son, las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones -como ocurre en el presente caso- tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el «petitum» indemnizatorio*”.

El fundamento de la teoría del concurso de acciones, radica en que en ambos regímenes la causa de pedir o *petitum*, es la misma, es decir, el resarcimiento de un daño que el dañado no tiene obligación de soportar, daño que aunque se haya producido por una infracción contractual o por la alteración de un deber general de conducta, debe ser resarcido, pudiendo entonces el perjudicado optar por la fundamentación jurídica que más beneficio presente para sus intereses<sup>220</sup>.

Esta especie de concurso o posibilidad de argumentar en las demandas de responsabilidad civil la fundamentación de cualquiera de los regímenes, no es absoluta, sino que como se expuso con anterioridad solo se encuentra permitida, en los sucesos de difícil consideración de un daño como contractual o extracontractual, conocidos también

---

<sup>220</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., y CAVANILLAS MÚGICA, S., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, edita el Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 235 y siguientes.

como zonas de zonas de *intersección o grises*<sup>221</sup>, reconocidos, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009: “*no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de culpa civil*”.

Normalmente, se han catalogado como grises supuestos derivados de relaciones contractuales donde queda comprometida bienes como la vida, la salud o la integridad física, también supuesto de transporte de personas, supuestos relacionados con el contrato de trabajo, que como ya se expuso obliga no solo a remunerar al trabajador, sino también a proporcionarle las medidas de seguridad adecuadas, y también supuestos arrendaticios, como el anteriormente mencionado<sup>222</sup>.

Las zonas de intersección entre ambos regímenes, sintetizadas brillantemente con el ejemplo de los daños a la cosa depositada por actitud dolosa o culposa del depositario, “el depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...) cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en una doble responsabilidad, la contractual y la delictual y, si por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer

---

<sup>221</sup> Una enumeración de muchos de los supuestos grises entre ambos regímenes, puede encontrarse en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación”, en *RCDI*, número 603, 1991, pp. 454 y siguientes.

<sup>222</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 154 y 155.

de ambas acciones contra el deudor”<sup>223</sup>, han provocado el nacimiento de la teoría de la *unidad de culpa civil*<sup>224</sup>.

El fundamento de la citada teoría<sup>225</sup>, a veces identificada con el aforismo *da mihi factum et dabo tibi ius*,<sup>226</sup> se encuentra perfectamente recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2008, al expresar que: “*en cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o cumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual y de la responsabilidad contractual*”.

La teoría de la unidad de la culpa civil es la predominante en el sistema actual, aunque en ocasiones se ha aludido a la misma como: “*tutela procesal unitaria de la culpa civil*”, como lo realiza la STS de 8 de febrero de 2000. Y es, realmente las principales críticas que se imponen a la misma son de carácter procesal, concretamente en relación a la causa de pedir aludida con anterioridad. Así, la propia STS 18 febrero de 1997 establece que: “*la causa petendi que con el petitum configuran la pretensión procesal se define por el relato de hecho y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la*

---

<sup>223</sup> GARCIA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, número XLVI, 1962, página 831.

<sup>224</sup> Sobre la unidad de culpa civil obsérvese entre otras la obra de SANTOS ÁLVAREZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, obra colectiva *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coordinada por Martínez-Calcerrada y Gómez., editorial Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1643 a 1656.

<sup>225</sup> La STS 19 de junio de 1984 citada con anterioridad relativa a daños del hijo del arrendatario, también alude a la misma considerando que: “*existen puntos de coincidencia por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el artículo 1106 CC, originando esa común finalidad reparadora unas notas comunes entre ambas clases de culpa: La producción de un daño, la atribuibilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir*”. Un comentario de la misma puede encontrarse en la obra de, PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 19.6.1984”, en *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil*, número 6, 1984, pp. 1869 ss.

<sup>226</sup> LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, editorial Trivium, Madrid, 1998, p. 92 y siguientes.

*congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto unitario de culpa”.*

La cuestión procesal sobre la causa de pedir y su relación con la responsabilidad es compleja<sup>227</sup>, y ha sido objeto de crítica respecto a la teoría de la unidad de la culpa civil. La consideración de que la causa de pedir se encuentra únicamente determinada por la relación de hechos aportada por el actor, que es la seguida en la teoría de la unidad de la culpa civil, recibe el nombre de teoría de la sustanciación. En cambio, los defensores de la teoría de la individualización, consideran que es la fundamentación jurídica la clave o elemento decisivo de la causa de pedir, y por tanto en el ámbito de la responsabilidad civil, la utilización de la fundamentación de uno de los regímenes impediría al juzgador aplicar la fundamentación del régimen restante<sup>228</sup>.

Así, el sector de la doctrina que considera válida la teoría de la individualización, considera que la causa de pedir no solo se encuentra formada por hechos, sino por una fundamentación jurídica que determina que, “el juzgador de instancia no puede acudir a fundamentos de hecho o de derecho que las partes no hayan hecho valer en el proceso. A lo sumo, podrán realizar un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión, siempre que el cambio en cuestión pueda extraerse de los propios hechos ya alegados por las partes y, por consiguiente, que no se haya podido causar indefensión al sorprender a una de las partes con una calificación que radique en hechos no debatidos y que no hayan podido cuestionarse”<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> TORIBIO FUENTES, F., “El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Práctica de Daños*, número 23, 2005, p. 14 y siguientes.

<sup>228</sup> DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, editorial Aranzadi, Madrid, 2005, pp. 52 y siguientes.

<sup>229</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario de STS de 14 de enero de 2014. Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y iura novit curia. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios”, en la obra colectiva coordinada por Yzquierdo Tolsada, M., *Comentario a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, tomo 6, editorial Dykinson, Madrid, 2016.

Lo que se cuestiona aquí, por tanto es la congruencia del juzgador o la posible vulneración del principio *iura novit curia*<sup>230</sup>, ya que la actual ley procesal civil (LEC), en su artículo 218.1.II, no permite al juzgador apartarse de la causa de pedir, cuando considera al respecto que: “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Aun así, para que exista incongruencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2010, de 15 de noviembre, considera que para que se produzca una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación entre los argumentos del juzgador y los términos en que fundaron las partes sus pretensiones, supongan una modificación sustancial del objeto procesal, creando así indefensión a las partes. Parece, por tanto, que la doctrina de la unidad de la culpa civil, a pesar de las críticas a su articulación, no cae en supuestos de incongruencia que provoquen su destierro como teoría principal en la interposición de demandas de responsabilidad civil.

Otra cuestión procesal que se plantea al respecto, es la posibilidad de que fundamentada la demanda en unos hechos y fundamentos jurídicos, y viéndose la misma rechazada, por encontrarse mal planteada, imagínese por ejemplo, que la demanda se

---

<sup>230</sup> DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (artículos 99 a 247), editorial Comares, Granada, 2003, página 248. Para el citado autor el principio *iura novit curia* supone la posibilidad de que el juzgador use los fundamentos jurídicos que estime oportuno para la resolución del conflicto, pero sin que ello se traduzca en que: “el juez pueda prescindir de la fundamentación jurídica esgrimida por las partes cuando suponga modificar los términos del debate”.

plantea pidiendo un resarcimiento de un daño contractual y el juzgador estima que es extracontractual, de plantear otra demanda con la fundamentación propia de la responsabilidad civil aquiliana.

Según lo establecido en el artículo 400 de la actual y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, esta posibilidad debe ser rechazada. Así: “cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación (...). A efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

Por tanto, si el actor quisiera plantear la demanda frente al mismo sujeto, fundamentando los hechos acaecidos en el régimen distinto de responsabilidad civil aducido en la anterior demanda, la excepción de cosa juzgada impedirá la eficacia del segundo proceso<sup>231</sup>. Así, como sostiene acertadamente la doctrina autorizada, “quien pretenda plantear una demanda con una pretensión resarcitoria determinada debe ponderar previamente cuál es el objeto de su reclamación y frente a qué sujetos va a dirigir la misma”<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 400 LEC” , en la obra colectiva coordinada por Cordón Moreno, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, 2 edición, editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1665.

<sup>232</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *op.cit.*, p. 157.

Quizás, a la vista de la exposición del último apartado relativo a las diferencias, pero también similitudes de ambos regímenes de responsabilidad civil, fuera necesaria plantearse un aspecto esencial de cara al futuro, como no puede ser otro que, la necesidad de unificar ambos sistemas, ya que tal distinción, “se funda sobre bases muy frágiles y se encuentra hoy, además, sometida a profunda revisión, si no abierta crisis”<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación”, en la obra colectiva coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I., *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 14.





## **CAPÍTULO II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS**

Expuestos los principales rasgos del sistema de responsabilidad civil existentes, ya resulta oportuno, adentrarse en la órbita de acción del derecho fundamental a la protección de datos, pues su violación por parte de determinados agentes, es decir, los motores de búsqueda y las redes sociales, puede generar el derecho a obtener una reparación de diferente naturaleza: administrativa, penal, pero la que importa al objeto del presente estudio, es la denominada responsabilidad civil.

### **I. ORÍGENES Y CONCEPTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

#### **A) El derecho a la privacidad del individuo**

La necesidad de proteger la privacidad y, por ende, los datos personales de las personas viene siendo una preocupación creciente a lo largo de toda la historia, pero no desarrollada normativamente hasta pasada la mitad del siglo XX. Ya en el año 1888, COOLEY utilizó la expresión *the right to be let alone*, que podría traducirse, como que los seres humanos tenían derecho a no ser molestados<sup>234</sup>, pero, naturalmente, hace siglo y medio no era fácil prever los actuales avances tecnológicos, algunos de ellos, caracterizadores del propio siglo XXI, altamente intrusivos en la privacidad del individuo<sup>235</sup>. Así, en el año 1890 ya se encuentra alguna obra que abogaba por el reconocimiento de un derecho por parte de los individuos a que no saliera publicada la fotografía de una persona en los periódicos

---

<sup>234</sup> Data del año 1888 quizás la primera obra científica sobre el derecho a la privacidad del individuo. COOLEY, T., *A treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise independent of contract*, editorial Callaghan, Chicago, 1888, p. 29: El citado autor utilizó ya el término “*the right to be let alone*”.

<sup>235</sup> MARTÍNEZ DEVÍA, A., “La inteligencia artificial, el Big Data y la era digital ¿una amenaza para los datos personales?”, en *Revista la Propiedad Inmaterial*, número 27, 2019, p. 5 y siguientes.

sin permiso del fotografiado, derecho que fue bautizado con la expresión *the right to privacy* o derecho a la privacidad<sup>236</sup>.

Como resulta coherente argumentar, las primeras nociones de ese primitivo derecho a la privacidad, caracterizado fundamentalmente por las posibles agresiones mediante una cámara fotográfica, a la reputación o intimidad de una persona, distan mucho del sentido de la actual necesidad de la protección de los datos personales, ya que las nuevas tecnologías<sup>237</sup> surgidas como consecuencia de la revolución tecnológica<sup>238</sup>, centran su actividad en la captación automática de los datos personales de sus usuarios.

La importancia del derecho fundamental a la protección de datos en el presente escenario de desarrollo tecnológico es innegable, así, “la universalización de la informática, unida a la masiva, imparable y vertiginosa propagación del uso de Internet, con sus inagotables recursos, pero también con los más variados instrumentos que permiten, casi al alcance de cualquiera, la invasión de la privacidad de los ciudadanos, ha derivado en una preocupación general por éste fenómeno y puesto de manifiesto la necesidad de su regulación jurídica”<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> Obsérvese, WARREN, S., y BRANDEIS, L.D., “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, volumen 4, número 5, 1980.

<sup>237</sup> ¿Qué se entiende por el concepto de Nuevas Tecnologías? Resulta acertada la definición aportada por parte de la doctrina, que considera que en la actualidad, el citado término debe utilizarse como referencia a las innovaciones tanto de hardware o software que recopilan, almacenan y sintetizan como consecuencia de su función los datos de sus usuarios. Obsérvese, en efecto, MARTÍNEZ LÓPEZ – SÁEZ, M., *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, página 27.” Se ha decidido aceptar la expresión nuevas tecnologías como concepto que engloba a un conjunto de herramientas relacionados con el almacenamiento, procesamiento y transmisión, digitalizados, de información, así como los procesos y productos derivados de las innovaciones del hardware y software”.

<sup>238</sup> Algún autor considera más acertado el uso del término Revolución Digital. Obsérvese, JODAR MARÍN, J. A., “La era digital: Nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales”, en *Revista Razón y Palabra. Revista electrónica en América Latina especializada en comunicación*, nº 71, 2010, pp. 2 ss.

<sup>239</sup> ACEDO PENCO, A., “El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX”, en la obra colectiva *Dirreitos Fundamentais Da Pessoa Humana*, coordinada por Sabaris, J.A., editorial Alteridade, Curitiba, Brasil, 2012, pp. 191-221.

Resulta evidente que las nuevas tecnologías han cambiado la forma de vida de los seres humanos. Seguramente, la mayor parte de la comunicación actual con el resto de personas ya no se realice de manera oral y directa, sino que fundamentalmente se lleva a cabo a través de servicios de mensajería instantánea. Así, con *Whatsapp*<sup>240</sup> contacto a cada momento con mis familiares, amigos y compañeros de trabajo o estudios; me comunico con mis amigos lejanos viendo las fotos o videos que suben en sus redes sociales, como *Facebook*<sup>241</sup>; muchas personas ya no usan taxis sino que acuden a la plataforma *Uber*<sup>242</sup>; y cada vez menos se acude a una agencia de viajes para contratar el hotel o apartamento para las vacaciones, sino que en muchos casos, se realiza a través de *Booking* para encontrar ese alojamiento e, incluso en otras ocasiones, se accede a *Airbnb*<sup>243</sup> para buscar un piso o habitación donde alojarse.

Todos esos “productos” nombrados tienen una característica común, que se encuentran disponibles en forma de aplicaciones que se instalan en el *smartphone*, y son capaces de “captar información del usuario o de su equipo terminal, en algunas ocasiones de forma más que discutible, al no ser consciente de ello el usuario”<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> Aunque no se analizan en la presente tesis doctoral las controversias de los servicios de mensajería instantánea y su tratamiento de datos personales, cabe destacar que la plataforma *Whatsapp* ha sido sancionada por de la Agencia Española de Protección de datos por tratar de forma incorrecta los datos de sus usuarios. En el cuarto capítulo del presente trabajo se abordará con detalle la citada cuestión.

<sup>241</sup> También en el citado capítulo cuarto se analizarán las controversias jurídicas, tanto a nivel nacional, como comunitarias, de *Facebook* sobre las deficiencias en el tratamiento de datos personales.

<sup>242</sup> Las principales controversias jurídicas de los vehículos VTC han venido representadas por el Derecho de la Competencia, aunque como no, compañías como *Uber*, o *Cabify* tratan los datos personales de sus usuarios. Obsérvese, GULLÉN NAVARRO, A., “El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: El avance de *Uber*, *Cabify* y la economía colaborativa”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, número 9, 2018, pp. 128 a 148.

<sup>243</sup> Actualmente la citada entidad es uno de los máximos exponentes de la denominada como economía colaborativa. Como no, también trata los datos personales de sus usuarios, tanto de sus huéspedes, como de anfitriones. Para profundizar, MONTERO PASCUAL, J.J., *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 65 ss.

<sup>244</sup> PANIZA FULLANA, A., “Una nueva era en la privacidad y las comunicaciones electrónicas: La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas”, en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, 2017, p.106.

Un avance superior, con mayor intrusión indudablemente en la privacidad del usuario, suponen las innovaciones realizadas mediante el llamado *Internet de las cosas*<sup>245</sup>, el cual hace referencia a “una infraestructura en la que miles de millones de sensores incorporados a dispositivos comunes y cotidianos registran, someten a tratamiento, almacenan y transfieren datos y, al estar asociados a identificadores únicos, interactúan con otros dispositivos o sistemas haciendo uso de sus capacidades de conexión en red”<sup>246</sup>.

Piénsese también en la conocida como *inteligencia artificial*, es decir sistemas basados en la informática que toman decisiones automáticamente, a priori, diseñados para generar un beneficio para la ciudadanía, como por ejemplo los coches autónomos, confeccionados para tomar decisiones en tiempo real tratando de minimizar los atascos, la rapidez, la seguridad, el consumo de energía, los materiales o los posibles riesgos<sup>247</sup>, aunque como no, en su función, recopilan una ingente cantidad de datos personales, datos que en ocasiones, los usuarios desconocen tanto su recogida como su tratamiento posterior<sup>248</sup>.

Todos los sistemas y avances descritos con anterioridad se basan además, en sistemas de *Big data*, es decir, sistemas que atrapan gran cantidad de datos de los usuarios mediante su funcionamiento, cuestión que puede mejorar y mucho diferentes aspectos vitales de sus usuarios, pero que también conllevan implícitamente grandes amenazas en la privacidad del individuo<sup>249</sup>. Sobre estas se ha escrito, “que implican una nueva forma de ver la información, revelando aquella que antes era difícil de extraer o que estaba oculta y, en

---

<sup>245</sup> Véase, ARELLANO TOLEDO, W., “Privacidad e Internet de las Cosas”, en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, volumen 2, número 6, 2017, pp. 25 a 56.

<sup>246</sup> Dictamen 8/2014, WP 223, sobre la evolución reciente de Internet de los objetos, adoptado el 16 de septiembre de 2014 por el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29.

<sup>247</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., “El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: La informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, en *Revista Estudios de Deusto*, nº 64, 2016, pp. 250 ss.

<sup>248</sup> ANACORETA CORREIA, J. P., “Proteção de dados pessoais e inteligência artificial”, en la obra colectiva coordinada por Castro Marqués, E., *Digital work and personal data protection: Key issues for the labour of the 21st century*, editorial Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 464 y siguientes.

<sup>249</sup> GIL GONZÁLEZ, E., “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, en *Diario La Ley*, número 9050, 2017, pp. 12 y siguientes.

gran medida, implica la reutilización de dicha información, cuyo valor puede estar ligado a su capacidad para hacer predicciones acerca de acciones o eventos futuros”<sup>250</sup>.

De lo anterior, resulta evidente que los datos personales en pleno siglo XXI constituyen una fuente de importante valor económico, es decir, los mismos se han monetizado, constituyéndose como sostiene acertadamente parte de la doctrina, como el “nuevo petróleo”<sup>251</sup>. Existen autores que consideran que la citada monetización, debe servir para que los propios usuarios obtengan cierta parte de los beneficios que generan esos datos<sup>252</sup>, y lo cierto es que ya existen *webs* especializadas que determinan el valor de los datos personales de los usuarios<sup>253</sup>, o estudios que demuestran el innegable valor económico de estas aplicaciones, como el publicado en Estados Unidos que llega a la conclusión que un usuario medio de *Facebook* cerraría su cuenta durante un año por unos 1000 dólares de media, es decir, más o menos 900 euros<sup>254</sup>.

Las innovaciones anteriores, unidas a Internet en sí mismo, donde se puede publicar en la citada herramienta las opiniones, fotos, videos o prácticamente todo lo que cualquier usuario quiere realizar, sin que exista en la citada actividad un código deontológico<sup>255</sup> que la regule, ha puesto de manifiesto una ingente preocupación por parte tanto de instituciones legislativas, judiciales e incluso doctrinal, en la necesidad de reforzar el derecho fundamental a la protección de datos personales, ya que en palabras de algún

---

<sup>250</sup> ZAPATERO MARTÍN, M.P., “El reto de la ordenación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en un universo digital”, en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, número 29, 2019, p. 40.

<sup>251</sup> MARTÍNEZ VALENCOSO, L., y SANCHO LÓPEZ, M., “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2018, p. 21.

<sup>252</sup> HILDEBRANDT, M., Esclavos de los macrodatos, ¿O no?, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 17, 2013, p. 17.

<sup>253</sup> Disponible en: <http://www.totallymoney.com/personal-data/>, consultado el 13 de enero de 2019.

<sup>254</sup> CORRIGAN JAY, R., ALHABASH, S., ROUSU, M., y CASH, S., “How much is social media worth? Estimating the value of *Facebook* by paying users to stop using it”, en *Revista PLoS ONE*, volumen 13, número 12, 2018, pp. 1 a 11.

<sup>255</sup> CÓRDOBA CASTROVERDE, D., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en *Revista Cuadernos y Debates: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, número 248, 2016, p. 107.

autor, la época actual de la segunda década del siglo XXI, puede ser conocida como la de, “la expropiación sin precedentes de la privacidad”<sup>256</sup>.

La doctrina muestra de manera casi unánime su preocupación por la privacidad del individuo ante estas nuevas tecnologías<sup>257</sup>, así, “en etapas anteriores, el respeto a la vida privada podía realizarse mediante el uso de los sentidos, permanecía dentro de los límites de las relaciones naturales. Los muros de una casa, la soledad de un lugar desierto, eran suficientes para asegurar la protección de la intimidad (...) hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo; estas circunstancias, en especial la utilización masiva de la informática, han determinado que para la opinión pública y el debate político de nuestro tiempo constituya un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos de la agresión a su intimidad”<sup>258</sup>.

En la misma línea, haciendo hincapié en los problemas de privacidad que presentan las innovaciones anteriores, otras opiniones consideran que, “la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación conlleva la necesidad de reflexionar sobre la función del derecho para proteger la intimidad o vida privada, así como la identidad de las personas, como garantía de un desarrollo libre y digno de la personalidad”<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> SANCHO LÓPEZ, M., “Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 43, 2017, p. 5.

<sup>257</sup> Se ha utilizado la expresión casi unánime, porque existen lógicamente excepciones. Así, por ejemplo puede observarse la obra de DADER, J.L., “La privacidad como excusa para restringir la información de interés público”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 15, 2012, p. 2: El citado autor considera que la privacidad se encuentra “hiperprotegida”, limitando de ese modo la libertad de expresión y de información.

<sup>258</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 365.

<sup>259</sup> ZOCAVILCA ROMÁN, Z., “El derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías de comunicación e información”, en la obra colectiva coordinada por López Ortega, J., *El derecho a la intimidad: Nuevos y viejos debates*, editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 182.

Otros autores también hacen referencia a que en ocasiones, el propio peligro para la privacidad de los individuos, es causado por ellos mismos, realizando una conducta poco apropiada en las redes sociales, colgando fotos, videos u opiniones que pueden resultar perjudiciales para su intimidad, “así parece haber pasado el tiempo en que lo íntimo era sagrado, en el que la vida privada constituía una fortaleza en la que solo los familiares y un reducido círculo de amigos lograban acceder, pues ahora la intimidad parece una palabra desprovista de significado, el exhibicionismo se ejerce sin rubor y el voyeurismo se acerca al estatus de práctica socialmente aceptada”<sup>260</sup>.

### **B) Aproximación al concepto de derecho fundamental a la protección de datos**

En el sentido actual, el término privacidad y el derecho fundamental a la protección de datos, no se parece en nada a sus primeras regulaciones<sup>261</sup>, exponiéndose ahora la evolución tanto normativa o jurisprudencial que el mismo ha albergado hasta el momento actual, fruto de la intrusión en la privacidad de las innovaciones tecnológicas ya descritas. Como indica de manera acertada la doctrina, el Derecho tiene que proporcionar, “una respuesta adecuada y equilibrada a estas cuestiones para que, por una parte se puedan aprovechar las posibilidades económicas y los beneficios sociales de estas tecnologías y, por otra, se faciliten instrumentos eficaces para la defensa de la autonomía, la dignidad y los derechos fundamentales en la era del *Big Data* y la computación ubicua”<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L., “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 35, 2014, p. 5.

<sup>261</sup> Como refleja MARTÍNEZ OTERO, J.M., “Derecho fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 106, 2016, p. 121: “En ocasiones, el Derecho lleva la iniciativa en el cambio social, sirviendo como instrumento para orientar conductas y dirigir el comportamiento de las personas en un determinado sentido. Otras veces, por el contrario, se produce primero un cambio social, y es el Derecho el que ha de adaptarse al mismo, para no quedar obsoleto y ofrecer una respuesta justa a las cuestiones que la nueva situación plantea. En el ámbito de las nuevas tecnologías, resulta patente que nos encontramos en el segundo caso”.

<sup>262</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 251.



El Derecho ha tenido que evolucionar<sup>263</sup>, para dotar en la actualidad de un verdadero derecho autónomo de protección de datos personales, otorgando garantías, principios y derechos que garanticen al individuo la posibilidad de protegerse su privacidad. Como advierte brillantemente PIÑAR MAÑAS, “derecho e innovación no son incompatibles, sino que pueden y deben convivir, partiendo siempre de la importancia que tiene basar la protección de la privacidad en principios jurídicos fundamentales que tengan en cuenta los elementos esenciales de la relación entre privacidad e innovación en la sociedad actual. Principios que partan de la configuración de la protección de datos como parte de la dignidad humana que no admite su mera patrimonialización económica”<sup>264</sup>.

Abordando el concepto del derecho fundamental a la protección de datos personales, en la actualidad, el mismo tiene por objeto la protección de los sujetos ante la actividad tanto automatizada o no de recopilación de sus datos, ya que estos, pueden ser revelados y crear un perjuicio a esos individuos, por no citar ahora, como después se expondrá, que existen ciertos datos que requieren un tratamiento especializado, como por ejemplo los relativos a la salud, la religión o la ideología política.

La doctrina no siempre coincide a la hora de esbozar los perfiles de este derecho, así por ejemplo, se pueden encontrar conceptos más apropiados como el que considera que el derecho fundamental a la protección de datos, “tiene por objeto garantizar al individuo el derecho a organizar y determinar por sí mismos aspectos esenciales de su vida, como a quién y en qué momento quiere comunicar cuestiones personales, pensamientos,

---

<sup>263</sup> Recuérdese el aforismo latino, *ubi societas, ibi us* (donde hay sociedad, hay Derecho). Sobre el mismo, obsérvese, DORAL, J.A., y PASQUAU LIAÑO, M., “Unidad y pluralidad en el Derecho Civil”, en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 22, 1982, p. 27 y siguientes.

<sup>264</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “Sociedad, Innovación y Privacidad”, en *Revista Información comercial española, ICE: Revista de Economía*, número 897, 2017: (Ejemplar dedicado a: El cambio digital en la economía. Un proceso disruptivo), p. 67.

sentimientos, emociones o incluso su identidad”<sup>265</sup>, y también conceptos con los que en cierta medida debemos disentir<sup>266</sup>, como el que considera que tal derecho establece “un derecho a la autodeterminación de la persona, que reconoce a su titular, la facultad de decidir cuándo y cómo está dispuesta a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla ella misma, esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes físicos”<sup>267</sup>, y en la misma línea, “el derecho fundamental a la protección de datos es en definitiva el derecho que tiene todo ciudadano a controlar su datos personales y a disponer y decidir sobre los mismos”<sup>268</sup>.

## **II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL, COMUNITARIA E INTERNACIONAL, DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS**

Se analizan ahora los orígenes, tanto a nivel normativo, como jurisprudencial, del derecho fundamental a la protección de datos personales, exceptuando ahora los avances que se han producido en España, que simplemente serán enumerados, pero su desarrollo se realizará en el siguiente apartado. Para ello, se irán exponiendo por orden cronológico los principales hitos que han existido hasta lograr la consecución actual de un verdadero derecho autónomo a la protección de datos personales.

---

<sup>265</sup> ARENAS RAMIRO, M., “La protección de datos personales en los países de la unión europea”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 16, 2008, p. 131.

<sup>266</sup> A nuestro juicio, ambos conceptos, muy extendidos por otra parte, se basan en una interpretación errónea o incompleta de la STC 292/2000 del TC que después se analizará. Además, como se intentará acreditar en el apartado correspondiente al derecho al olvido, no existe una capacidad general para borrar todos los datos de Internet que alguien desee, puesto que este derecho, al igual que todos, se encuentra sujeto a una serie de límites. Ya en el año 2003 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quedó acreditado en su sentencia *Lindqvist*, Asunto C-101/01, que el derecho a la libertad de expresión, entre otros, constituye un límite claro del derecho fundamental a la protección de datos. Obsérvese sobre la misma, la obra de COUDRAY, L., “Case C-101/01, Bodil Lindqvist”, en *Common market law review*, volumen 41, número 5, 2004, pp. 1361 a 1376.

<sup>267</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 58.

<sup>268</sup> LÓPEZ ROMÁN, E., y MORA, J., “Un análisis de la estructura institucional de protección de datos en España”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 2, 2009, p. 7.

## A) Orígenes y configuración del derecho a la privacidad

Los primeros vestigios, aunque muy remotos, del derecho a la protección de datos personales, deben ya situarse en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*<sup>269</sup>, cuyo Preámbulo hacía referencia a la existencia de una serie de derechos que integraban la dignidad humana. Así: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Además, es su artículo 12, el que hace referencia por primera vez al respeto de la vida privada, formulándose tal principio en los siguientes términos: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

La protección y el respeto a la vida privada de la persona también fue recogida en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos del año 1950*<sup>270</sup> (CEDH), cuyo artículo número 8 estableció: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del

---

<sup>269</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Sobre la importancia histórica de la citada declaración, véase la obra de ORÁA, J., y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, editada por la Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

<sup>270</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Sobre el citado Convenio debe destacarse que fue el primero instrumento de la Comunidad Europea que se preocupó de verdad por los derechos de los ciudadanos y no de meros intereses económicos, como los anteriores pactos de la comunidad, considerándose desde entonces y hasta la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que posteriormente se expondrá en la presente obra, una garantía suficiente para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea. Obsérvese, ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D., *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 18 y siguientes.

orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En la misma línea de protección de la esfera privada e intimidad de los ciudadanos, destaca el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, realizado en Nueva York en el año 1966<sup>271</sup>, cuyo artículo 17 establece que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Un año más tarde, en 1967 se constituyó una Comisión Consultiva dentro del Consejo de Europa, de la cual emanó en el año 1968 la *Resolución 509 sobre los Derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos*<sup>272</sup>. A la citada resolución se le atribuye ser el motor de arranque para que los diferentes países empezaran a legislar sobre la protección de datos personales, como después se expondrá; así en palabras de algún autor destacado la resolución, “impulsó e incitó a la profundización en el estudio de las relaciones informática e intimidad, y las implicaciones que para el individuo podían tener frente a la potencial agresividad a su esfera interesada, con el convencimiento de existir una necesidad, exigente de una regulación uniforme, en todos los Estados miembros de la Comunidad, en defensa de la intimidad, a la vez que para proteger al ciudadano ante el tratamiento automatizado de sus datos personales, por quien no estaba autorizado para ello o con fines distintos a los autorizados”<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Sobre su contribución al desarrollo de los derechos de los ciudadanos, obsérvese la obra de VEGA GUTIÉRREZ, A.M., *Derechos Humanos del siglo XXI: 50º Aniversario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2017.

<sup>272</sup> Resolución 65/509/CE, de la Asamblea del Consejo de Europa de 1968, sobre “los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”.

<sup>273</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *La protección de datos en Europa: Principios, derechos y procedimiento*, edita la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p. 29.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) resolvió ya en el año 1969 un caso sobre protección de datos personales, aunque realmente, no mencionara de forma expresa todavía a este derecho en su resolución, ya que no se encontraba previsto en ningún texto legal todavía en esos momentos. Se trata del conocido caso *Stauder*, basado en la reclamación de un ciudadano alemán que para obtener mantequilla a precio reducido debía entregar un cupón en los supermercados con su nombre, número de documento de identidad y condiciones económicas<sup>274</sup>. En el caso en concreto, el Tribunal no apreció violación ni injerencias en la vida privada del ciudadano en cuestión, como refrenda cierta doctrina estableciendo que, “el TJCE consideró que no había ningún elemento en el supuesto planteado susceptible de poner en entredicho los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el órgano judicial”<sup>275</sup>.

En septiembre de 1973, el Comité de Ministros del Consejo de Europa realizó la recomendación relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado; y un año después, en el 1974 realizó otra recomendación relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector público<sup>276</sup>.

Fruto de los anteriores instrumentos, sería en la década de los setenta, cuando comenzó el desarrollo legislativo del derecho a la privacidad del individuo, aprobándose distintas

---

<sup>274</sup> STJCE de 12 de noviembre de 1969, caso *Stauder*. Sobre el citado caso, obsérvese la obra de RUIZ MIGUEL, C., “El derecho a la protección de datos personales en la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Análisis crítico”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 7, número 14, 2003, p. 15.

<sup>275</sup> MORENO BOBADILLA, A., “La influencia europea en el ámbito de los Derechos Fundamentales en España, en concreto, en el derecho a la intimidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, volumen 15, número 2, 2017, p. 320.

<sup>276</sup> Resoluciones (73) 22, de 26 de septiembre, adoptada durante la 224 reunión de los Delegados de los Ministros, relativa a "la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado", y (74) 29, de 20 de septiembre, adoptada durante la 236 reunión de los Delegados de los Ministros, respecto a "la protección de la vida privada de las personas físicas frente a los bancos de datos electrónicos en el sector público".

normas con el objeto de minimizar los riesgos para la vida privada del individuo<sup>277</sup>, ya que “las infinitas posibilidades de actuación que empezaban a ofrecer las tecnologías respecto al tratamiento de la información personal, pusieron en aviso a los legisladores, que buscan respuestas jurídicas a la amenaza que representará para los individuos un descontrolado avance en el campo del tratamiento de datos”<sup>278</sup>.

El primer texto legislativo que debe citarse es el del *Länder* alemán de Hesse, que en el año 1970 aprobó la *Ley de protección de datos personales*, pero solo establecía disposiciones para paliar los riesgos de las actividades realizadas por las entidades públicas<sup>279</sup>, bautizada por parte de la doctrina como la detonante de la fecha de nacimiento del derecho fundamental a la protección de datos<sup>280</sup>, aunque a nuestro juicio, la competencia del texto legislativo a únicamente los tratamientos realizados por entidades públicas, conllevaría cierto nivel de desmesura en el acto de otorgamiento de tal privilegio.

A pesar de que la anterior norma deba citarse como pionera, sería Suecia, en el 11 de mayo del año 1973, con la denominada *Data Leg*, el país que regularía un instrumento legislativo completo sobre protección de datos personales, tutelando al ciudadano tanto de injerencias privadas como públicas en su vida privada. La norma recoge elementos identificables todavía en la actualidad, como la existencia de una serie de principios en el

---

<sup>277</sup> FROSSINI, V., “Banco de datos y Tutela de la persona”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 30, 1982, p.27 y siguientes.

<sup>278</sup> HERRÁNZ ORTIZ, A.I., *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 75.

<sup>279</sup> Ley de protección de datos Datenschutz, de 7 de octubre de 1970. Después le seguiría la del *länder* de Renania-Palatinado donde su norma de protección de datos personales ya protegía a los ciudadanos frente a injerencias tanto de entidades privadas como públicas. Obsérvese GONZÁLEZ FUSTER, G., *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, editorial Springer, Bruselas, 2015, p. 57 y siguientes.

<sup>280</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 25, 1989, p. 41.

tratamiento de datos personales, o el reconocimiento de una serie de derechos básicos a los individuos, como el de acceso, información, rectificación y cancelación<sup>281</sup>.

Sería Estados Unidos quien continuaría con esta incipiente actividad legislativa, promulgando el 31 de diciembre de 1974, la *Privacy Act*<sup>282</sup>. Afirma su propia exposición de motivos que: “el Congreso estima que la privacidad de un individuo es afectada directamente por la captación, conservación, uso y difusión de información personal por entes y órganos federales (...), el creciente uso de ordenadores y de una tecnología compleja de la información, si bien es esencial para el eficiente funcionamiento de las Administraciones Públicas, ha aumentado grandemente el detrimento que para la privacidad individual puede derivarse de cualquier captación, conservación, uso y difusión de información”.

En esta breve evolución legislativa, y dejando a Portugal a un lado, pues será objeto de explicación posterior separada, debe destacarse la *Ley federal alemana* de 27 de febrero de 1977, donde se crea la figura de un comisario federal de protección de datos. Sobre la citada norma se afirma que, “el objeto y ámbito se centra en la protección de datos, que tienen como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona, de abusos cometidos con ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación o cancelación”<sup>283</sup>.

Posteriormente, aparece la normativa de Francia el 6 de enero de 1978 con la *Ley Relative á l’informatique, aux fichiers et aux libertés*. El principal avance de esta norma,

---

<sup>281</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *La protección de datos en la Unión Europea: Divergencias normativas y anhelos unificadores*, editorial Edisofer, Madrid, 2002, p. 23.

<sup>282</sup> Obsérvese, SCHWARTZ, P., y REIDENBERG, J., *Data Privacy Law: A Study of United States Data Protection*, editorial Lexis, New York, 1996.

<sup>283</sup> RICHTER, M., “La protección de datos de carácter personal como derecho humano”, en la obra colectiva coordinada por Molina Barreto, R., *Opus Magna Constitucional 2015: Tomo X*, editada por el Instituto de Justicia Constitucional de Guatemala, 2015, p. 410.

que duró hasta el año 2004, con respecto a sus antecesoras, fue la inclusión de un catálogo de datos personales distintos al nombre de la persona, que debían ser objeto de protección y reconocimiento por parte de las autoridades<sup>284</sup>. Todas las leyes anteriores, junto a la de Austria<sup>285</sup>, Luxemburgo<sup>286</sup> y Dinamarca<sup>287</sup>, han sido denominadas como leyes de primera generación<sup>288</sup>, ya que las siguientes nacerían bajo el amparo de diferentes directrices tanto a nivel internacional como a nivel comunitario.

El caso de Portugal resulta paradigmático, ya que fue pionero en la incorporación del derecho a la protección de datos personales a su texto constitucional<sup>289</sup> en el año 1976, lo que cobra mayor importancia si se destaca que Portugal no contaba todavía con texto legal alguno sobre la materia<sup>290</sup>. El texto de su inicial artículo 35 ya consagraba un auténtico derecho a la protección de datos personales en los siguientes términos: “1. Todo los ciudadanos tienen derecho a conocer los datos que les conciernen que constan en registros mecanográficos y el fin al que son destinados, pudiendo exigir su rectificación y actualización. 2. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos relativos a convicciones políticas, creencias religiosas o vida privada, salvo cuando se

---

<sup>284</sup> DA COSTA CARBALLO, C.M., *Fundamentos de la Tecnología documental*, editado por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 160.

<sup>285</sup> Ley de 18 de octubre de 1978.

<sup>286</sup> Ley de 31 de mayo de 1979, sobre utilización de datos en tratamientos informáticos.

<sup>287</sup> Leyes de 8 de junio de 1978 sobre registros privados y registros públicos.

<sup>288</sup> DRESNER, S.H., “Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales”, en *Revista informática y Derecho*, número 7, 1994, p. 385 y siguientes.

<sup>289</sup> Existen autores que consideran, desacertadamente a nuestro juicio, que el primer texto constitucional que recoge un vestigio del derecho fundamental a la protección es la Constitución alemana de Weimar de 1919, cuyo artículo 129 establecía que: “Todo funcionario debe tener un recurso contra la decisión disciplinaria que le afecte y la posibilidad de un procedimiento de revisión. Los hechos que le son desfavorables no deben ser anotados en su expediente personal sino después de haberle dado ocasión de justificarse respecto a ellos. El funcionario tiene derecho a examinar su expediente personal”. Obsérvese, OJEDA BELLO, Z., “El derecho a la protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal”, en *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, volumen 9, número 38, 2015, p. 64.

<sup>290</sup> CERDA SILVA, A., “El nivel adecuado de protección para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXVI, 2011, p. 328. No obstante, el actual texto del artículo 35 de la Constitución de Portugal es mucho más amplio desarrollando este derecho con cierto detalle en sus siete apartados.



trate de un procesamiento de datos personales no identificables con fines estadísticos. 3. Está prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos”.

Contrasta la claridad de la Constitución portuguesa -mucho más en su nuevo texto vigente- con la formulación cuanto menos tímida<sup>291</sup>, contenida en el artículo 18.4 de la Constitución Española<sup>292</sup> (CE) que establece lo siguiente:” la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Como se avanzó en la descripción del presente apartado, posteriormente se analizarán la situación normativa y jurisprudencial española con mayor profundidad, respecto al derecho fundamental a la protección de datos.

Los avances normativos de segunda generación empezarían a promulgarse como consecuencia de una serie de instrumentos de carácter internacional. Así, en primer lugar destaca la labor de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) que aprobó el 23 de septiembre del año 1980, la Recomendación del Consejo relativa a la privacidad y el flujo transfronterizo de datos, donde se contenían una serie de directrices pioneras a nivel internacional, para la regulación de la materia por parte de los estados<sup>293</sup>. En ellas aparecían aspectos a destacar como los principios de ”limitación de recogida de datos personales; de calidad de los datos personales; de especificación del propósito de la recogida de datos personales; de limitación de uso de los datos personales; de la salvaguardia de la seguridad para proteger los datos personales; de transparencia en

---

<sup>291</sup> Realmente, como sostiene la doctrina, el artículo 18.4 de la Constitución Española no recogía un derecho fundamental a la protección de datos de manera autónoma, sino más bien un mandato al legislador para preocuparse por los avances de la informática. Véase, ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos en internet en la jurisprudencia europea*, editorial Reus, Madrid, 2014, p.20 y ss.

<sup>292</sup> Artículo 18.4 de la Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>293</sup> Para profundizar sobre las mismas, obsérvese, PUENTE ESCOBAR, A., “Breve descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, en la obra colectiva coordinada por Piñar Mañas, J.L., *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 51 a 54.

cuanto a evolución, prácticas y políticas relativas a datos personales, de participación individual y de responsabilidad sobre todo controlador de datos personales”<sup>294</sup>.

Estas directrices, reformadas posteriormente en el año 2013<sup>295</sup>, tuvieron buenas intenciones, pero resultaron ineficaces para armonizar las normativas existentes en relación al tratamiento de datos personales. Por ello, se elaboró, el 28 de enero del año 1981 el *Convenio número 108 para la Protección de la personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* emanado por parte del Consejo de Europa<sup>296</sup>, donde se encuentran ya enumerados una serie de principios básicos en la protección de datos personales, que como después se expondrá, todavía se encuentran en la legislación comunitaria y española, como son el de calidad de datos personales, o el de garantía y seguridad de los datos personales.

La citada norma calificada en algunos extremos como fundamental<sup>297</sup>, al ser el primer texto comunitario regulador y armonizador del derecho fundamental a la protección de datos<sup>298</sup>, destaca por su interés en armonizar las normativas en su propio preámbulo:

---

<sup>294</sup> LÓPEZ TORRES J., “Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales”, en *Journal of international law*, volumen 5, número 2, 2014, p. 111.

<sup>295</sup> Véanse las *Directrices sobre la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales*, disponible en: [http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf), web (consultado el 15 de enero de 2019).

<sup>296</sup> Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985. Sobre la actividad del Consejo de Europa se puede destacar que, “es una organización internacional de ámbito regional destinada a promover, mediante la cooperación de los estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentando sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A., “La desprotección internacional del titular del derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, número 19, 2015, p. 50.

<sup>297</sup> SERRANO PÉREZ, M., *El derecho fundamental a la protección de datos: Derecho español y comparado*, editorial Cívitas, Madrid, 2003, p. 89.

<sup>298</sup> Entre otros, obsérvese, CONDE ORTIZ, C., *El derecho a la protección de datos personales: Un nuevo derecho autónomo sobre la base de los conceptos de intimidad y privacidad*, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 50 y siguientes; CLARIANA GARZÓN, G., “La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa”, en *Revista de Instituciones Europeas*, volumen 8, número 1, pp. 9 a 26 y, GARCÍA AGUILAR, N., “Origen y significado del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”, en *Revista internauta de práctica jurídica*, número 2, 1990, pp. 2 a 23.

*“considering that it is desirable to extend the safeguards for everyone’s rights and fundamental freedoms, and in particular the right to the respect for privacy, taking account of the increasing flow across frontiers of personal data undergoing automatic processing; Reaffirming at the same time their commitment to freedom of information regardless of frontiers; Recognising that it is necessary to reconcile the fundamental values of the respect for privacy and the free flow of information between peoples”<sup>299</sup>.*

Sobre el Convenio 108 la doctrina más autorizada afirma que es el “primer instrumento jurídicamente vinculante en la protección de datos, teniendo como finalidad la protección de los derechos y libertades fundamentales, en el marco del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con respecto al tratamiento de los datos de carácter personal correspondientes a cualquier persona”<sup>300</sup>. Además, resulta interesante destacar que el Convenio 108 no instauraba un derecho todopoderoso que impidiera la transferencia de datos, sino que, “pretende compatibilizar en todo momento la protección del derecho a la intimidad personal con la liberalización de los flujos de datos entre los estados partes, siendo así que la libre circulación de los datos de carácter personal entre los Estados signatarios sólo decaía en dos supuestos: 1) cuando la protección de los datos de carácter personal no fuera equivalente en la otra parte, y 2) cuando la transmisión de los mismos se realice a un tercer Estado que no fuera parte del Convenio”<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Traducción propia del inglés: “Considerando que es deseable extender las salvaguardas para los derechos y libertades fundamentales de todos, y en particular el derecho al respeto a la privacidad, teniendo en cuenta el flujo creciente a través de las fronteras de los datos personales sometidos a procesamiento automático; Reafirmando al mismo tiempo su compromiso con la libertad de información, independientemente de las fronteras; Reconociendo que es necesario conciliar los valores fundamentales del respeto a la privacidad y el libre flujo de información entre las personas”.

<sup>300</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de datos en la Unión Europea”, en la obra colectiva coordinada por el citado autor, *Reglamento General de Protección de datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, editorial Reus, Madrid, 2016, p. 37.

<sup>301</sup> PAVÓN PÉREZ, J.A., “La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El protocolo adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 19, 2002, p. 239.

El convenio 108 ha sido objeto de reforma o modernización, el 10 de octubre de 2018 con el denominado *Convenio 108+*, cuyo objetivo es aumentar el grado de protección de datos. En particular, se “especificará más detalladamente el principio de tratamiento lícito y reforzará la protección de categorías especiales de datos, al tiempo que ampliará las categorías a las reconocidas como categorías especiales de datos personales en el Derecho de la Unión. Además, el Convenio modernizado proporcionará salvaguardias adicionales para las personas cuyos datos personales sean objeto de y también reforzará sus derechos. Se han introducido nuevos derechos de los interesados, como el derecho a no ser objeto de una decisión que le afecte de forma significativa basada únicamente en el tratamiento automatizado, el derecho a oponerse al tratamiento y el derecho a obtener una reparación en caso de vulneración de los derechos de la persona”<sup>302</sup>.

La importancia de los citados instrumentos normativos internacionales, radica en la necesidad conjunta de proteger un bien común a cualquier ciudadano, independientemente de su nacionalidad, como es el dato personal. Así, doctrina realiza una importante crítica al florecimiento de regulaciones nacionales aisladas para proteger de forma correcta el derecho a la protección de datos de los ciudadanos, acuñando el término de nacionalismo de datos, considerando que éste, “es una falsa asunción que puede dar lugar a obstáculos o barreras indebidas tanto a la innovación como a la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales, al igual que ocurre con las monoculturas de protección de datos”<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> Decisión del Consejo, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STCE n.º 108), en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0451&from=LT> (consultado el 15 de enero de 2019).

<sup>303</sup> RECIO GAYO, M., *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?*, editorial Reus, Madrid, 2018, p.163.

Un hito importante en la historia del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales, se produce como consecuencia de la sentencia de 15 de diciembre del año 1983 dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad acerca de la *Ley Federal del Censo de población* de 4 de marzo de 1982. La actividad de elaboración del censo, conllevaba el acceso a numerosos datos personales de los individuos, que además, se encontraban obligados a responder a un cuestionario donde se encontraban una serie de importantes injerencias contra aspectos privados de los mismos, y si se negaban a facilitarlos, se les imponía una importante multa pecuniaria<sup>304</sup>.

La importancia de la sentencia del TCFA sobre la *Ley Federal del Censo*, radica en que fue la primera decisión jurisprudencial que se apartó del derecho a la intimidad<sup>305</sup> como fundamento jurídico para la protección de los datos personales y la vida privada de los ciudadanos, acuñando el concepto del denominado derecho a la autodeterminación informativa<sup>306</sup>, origen del conocido actualmente como derecho a la protección de datos personales. En palabras del Tribunal: “*la autodeterminación del individuo presupone también en las condiciones de las técnicas de tratamiento de la información-que se*

---

<sup>304</sup> DARANAS, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del censo de la población”, en *Documentación Administrativa*, número 198, 1983, pp. 139 a 158.

<sup>305</sup> Hasta la llegada de la citada sentencia, la protección de la intimidad o vida privada del individuo había sido garantizada por parte del TCFA con la denominada teoría de las esferas, donde se distinguían tres ámbitos de protección: La esfera privada, es decir el espacio íntimo personal y familiar que se oculta del conocimiento general; la esfera íntima, que será violada cuando salen a la luz secretos que no querían ser revelados y, la esfera individual de la persona, donde se englobarían aspectos como el honor, la imagen o el nombre. Teoría acuñada por el TCFA en el conocido como caso Elfes de 16 de enero de 1957, véase, ALVARADO TAPIA, P., “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en España y Alemania”, *Usat: Revista de Investigación Jurídica*, nº 10, 2015, p. 12.

<sup>306</sup> Un concepto de autodeterminación informativa puede encontrarse en la obra de Murillo de la Cueva, L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, editorial Tecnos, Madrid: 1990, p. 173: “pretende satisfacer la necesidad, sentida por las personas en las condiciones actuales de la vida social, de preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática, y de los peligros que esto supone”. Para profundizar en el citado concepto, puede observarse, entre otras, la obra de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 237 a 244 y, PIÑAR MAÑAS, J.L., *Protección de datos, situación actual y retos del futuro*, editado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 98 y siguientes.

*conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada (...) la libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda, no solo tener conocimiento de que otros procesan informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstas a un control, ya que, de lo contrario, se limitará su libertad de decidir por autodeterminación”<sup>307</sup>.*

Después de esta importante sentencia pionera para el reconocimiento de un verdadero derecho a la protección de los datos personales<sup>308</sup>, debe traerse a este análisis la Resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se establecen una serie de *Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados*, donde entre otras cuestiones, destacan la creación de cinco principios que deben ser respetados durante el tratamiento de datos personales: legalidad y lealtad, exactitud, especificación de la finalidad, acceso de la persona interesada y el principio de no discriminación<sup>309</sup>. También debe ser destacada, dos años después, la promulgación en España de la *Ley Orgánica 5/1992, de 19 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, que después será objeto de análisis, junto con el resto de jurisprudencia y normas españolas relativas al derecho fundamental a la protección de datos personales.

---

<sup>307</sup> HEREDERO HIGUERAS, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población”, en *Documentación Administrativa*, número 198, pp. 139 a 158.

<sup>308</sup> Existen autores que niegan la creación del concepto de autodeterminación informativa por parte del Tribunal Federal Alemán. Obsérvese, DENNINGER, E., “El derecho a la autodeterminación informativa”, en la obra colectiva coordinada por Pérez Luño, A.E., *Problemas actuales de la documentación y de la informática jurídica*, editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 273.

<sup>309</sup> APONTE NUÑEZ, J., “La importancia de la protección de datos personales en las relaciones comerciales”, en *Revista de Derecho Privado*, número 13, 2007, p. 114 y siguientes.

## **B) Los avances legislativos y jurisprudenciales emanados en la Unión Europea, configuradores del actual sistema de protección de datos personales**

La disparidad de normas internacionales enunciadas en el presente trabajo sobre la protección de datos personales, “confluyó en la necesidad de adoptar un instrumento jurídico propio de la Unión Europea en materia de protección de datos que garantizara un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y facilitar el desarrollo del mercado interior dentro de la Unión Europea”<sup>310</sup>. Así, a mediados de la década de los 90 surgirá la normativa comunitaria de protección de datos que ha estado vigente más de 20 años, que ha dado sustento tanto a la normativa española que después se expondrá, como al resto de países comunitarios, se trata de la 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<sup>311</sup> (para abreviar Directiva 95/46<sup>312</sup>).

Existen voces autorizadas que sitúan la razón de ser de la Directiva en el fortalecimiento del mercado interior<sup>313</sup>, al producirse ya en el año 1995, una concepción por una realidad palpable, que radicaba en la monetización de los datos personales, así, “la construcción europea, que requiere ineludiblemente la constitución del mercado

---

<sup>310</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “Antecedentes y proceso de reforma”, *cit.*, p. 37.

<sup>311</sup> 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, «DOCE» núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

<sup>312</sup> Obsérvese HEREDERO, M., *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

<sup>313</sup> La propia Directiva en sus considerandos iniciales no esconde tal realidad. Así, el considerando número 2 establecía que, “Considerando que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar las libertades y Derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos”. Más claro todavía, el considerando número 3, “Considerando que el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, dentro del cual está garantizada, la libre circulación de las mercancías, personas, servicios, y capitales, hacen necesaria no sólo la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro, sino también la protección de los Derechos fundamentales de la persona”.

interior, exige que se garantice la libre circulación de los datos personales, dado el valor económico que los mismos tienen en las transacciones comerciales, sobre todo en el marco de una económica cada vez más globalizada y transfronteriza”<sup>314</sup>.

Algunos de los aspectos más destacados de la Directiva, calificada de hito en la evolución de la protección de datos personales<sup>315</sup>, conviene que sean puestos de manifiesto por su importancia y consecuencias ulteriores<sup>316</sup>. De este modo, se estableció un *concepto de datos personales* que se extendía más allá del simple nombre del individuo, así el artículo 2 estableció qué se entiende por datos personales: “toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

También se implantaron una serie de principios<sup>317</sup> que debían ser respetados durante la recogida de datos personales, considerando que tales datos debían ser: a) tratados de manera leal y lícita; b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que

---

<sup>314</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 20, 2003, p. 48.

<sup>315</sup> Véase, RALLO LOMBARTE, A., “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma”, en *Revista de Derecho Político*, número 85, 2012, p. 17 y siguientes.

<sup>316</sup> Un análisis más pormenorizado y a la vez sintético, puede encontrarse, entre otras, en la obra de BRU CUADRADA, E., “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007, pp. 81 a 83.

<sup>317</sup> En su elaboración, destaca la influencia del Convenio 108 de 1981 del Consejo de Europa, como destaca el propio considerando número 11: “Considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 29 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en los que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales”.



se traten posteriormente; d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente<sup>318</sup>.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la citada Directiva, pues actualmente se encuentra derogada, no hay que olvidar que la misma es la fuente de inspiración<sup>319</sup> de la creación de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Española*<sup>320</sup> (LOPD), que siguiendo con la lógica descrita, será analizada con detalle posteriormente.

Otro importante avance fue la promulgación de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 18 de diciembre del año 2000<sup>321</sup>, que verdaderamente consagró la existencia de un derecho fundamental a la protección de

---

<sup>318</sup> Artículo 6 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Como después se expondrá, estos principios han servido de base para el desarrollo de las legislaciones nacionales que traspusieron la Directiva Comunitaria, como es el caso de España. Pero, los mismos ya han sido objeto de modernización para hacer frente a las últimas innovaciones tecnológicas que interfieren en su función de una manera más intrusiva en la privacidad del individuo. De hecho, ya en el año 2007 pueden encontrarse autores que abogaban por la creación de nuevos principios, así, obsérvese, la obra de POULLET, Y., “Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007, p. 36 y siguientes.

<sup>319</sup> Por seguir con la metáfora de las generaciones, se puede indicar que las normas europeas de protección de datos que se dictaron para trasponer la citada directiva, pertenecen ya a la segunda generación. Así, en palabras de DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TCJE”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 7, 2004, p. 408: “constituye un ejemplo de progreso en la uniformización jurídica, pues sus normas han tenido un notable impacto sobre las legislaciones de los Estados miembros, que en la mayor parte de los casos han tenido que ser sustancialmente adaptadas, al tiempo que han influido decisivamente sobre la evolución de las legislaciones de países de otros ámbito geográficos, en particular, porque el establecimiento de un régimen de protección equivalente al establecido en la Directiva es decisivo para evitar las importantes restricciones a ciertas transferencias internacionales de datos que establece la propia Directiva”.

<sup>320</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

<sup>321</sup> Debe destacarse la elaboración en febrero de 1999 de un informe por parte de la Comisión Europea pidiendo la existencia del reconocimiento de un catálogo de Derechos fundamentales en la Unión Europea, conocido dicho informe como, “Afirmación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar”. Sobre el mismo, obsérvese FONSECA MORILLO, F. J., “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en la obra colectiva coordinada por Matia Portilla, F.J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 89 y siguientes.

datos autónomo e independiente del respeto a la vida privada o intimidad<sup>322</sup>. Así, el derecho fundamental a la protección de datos aparece regulado en el artículo 8 de la *Carta* que establece: “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. (...) Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación (...) El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Sobre la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE)<sup>323</sup> deben realizarse una serie de precisiones. Así, en ella, se establece por primera vez el denominado *estándar mínimo de protección*, según la cual, “ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que sea parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estado miembros”<sup>324</sup>. Pero, lo realmente destacable, es que se trataba de un texto solemne, por lo que la elevación a categoría de

---

<sup>322</sup> Es el artículo 7 de la Carta el que regulaba este Derecho en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

<sup>323</sup> Existe abundante bibliografía sobre la misma. Así, entre otras, para un mayor análisis de la misma, puede citarse la obra de FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, editada por la Fundación BBVA, Madrid, 2008; CARMONA CONTRERAS, A., *Construyendo un estándar europeo de Derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

<sup>324</sup> Artículo 53 de la Carta desarrollado y comentado en la obra de ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 2007, p. 262 y 263.

fundamental del derecho a la protección de datos, no vinculaba de forma expresa a los Estados miembros<sup>325</sup>.

Tras el fracaso de la creación de una Constitución para Europa<sup>326</sup>, donde se hacía mención en dos ocasiones al derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>327</sup>, el *Tratado de Lisboa* de 17 de diciembre de 2007, dotó en su artículo sexto a la *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea* de fuerza jurídica convirtiéndolo en un documento con el mismo valor que los Tratados: “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Al respecto se ha considerado que, “el Tratado de Lisboa al incluir la CDFUE como parte del Derecho originario, por ende, con el mismo valor que los tratados constitutivos, ha reconocido un derecho a la protección de datos de carácter personal autónomo e independiente del derecho a la vida privada y protegido por una norma vinculante”<sup>328</sup>.

La importancia de la *Carta* es tal, de hecho en palabras de parte de la doctrina, supuso un giro copernicano<sup>329</sup>, que influyó notablemente en el desarrollo de un auténtico derecho fundamental a la protección de datos.

---

<sup>325</sup> Como se expondrá a continuación, se modificó el Derecho Originario europeo para dotar de fuerza vinculante a la Carta, pero aunque esto no hubiera ocurrido, existen autores que advierten de que la importancia e influencia de la Carta hubiera sido destacable. Véase, GÓMEZ-REINO, E., “La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, volumen 22 número 175-193, 2013, p. 191

<sup>326</sup> Dos menciones al derecho fundamental a la protección de datos se encuentran en la fallida Constitución: La primera mención se encuentra en el artículo I.51: “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen”. La segunda se encuentra en el artículo II.68 donde se establece el mismo texto que el expresado con anterioridad y se añaden cuestiones básicas como el deber de tratar los datos de forma leal.

<sup>327</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: Perspectivas”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007, p. 50.

<sup>328</sup> JIMENA QUESADA, L., “La consagración de los derechos fundamentales: De principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, en *Cuadernos europeos de Deusto*, número 50, 2009, p. 197.

<sup>329</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos”, cit., p. 49.

No hay que relegar el Reglamento 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2001, relativo a la protección de las persona físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por las instituciones y los organismos comunitarios y la libre circulación de los datos, que crea una autoridad de control independiente, figura conocida como el *Supervisor Europeo de Protección de Datos*<sup>330</sup>.

Resulta imprescindible exponer en el presente análisis de la historia del derecho fundamental a la protección de datos personales, una serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), que deben ser consideradas transcendentales en el desarrollo del citado derecho, algunas de ellas posteriores a la fecha en la que se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, conocido como *Reglamento General de protección de datos*<sup>331</sup>.

La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que debe ser destacada es la relativa al asunto Rundfunk<sup>332</sup> de 20 de mayo de 2003. La cuestión que se resolvió versaba sobre la obligación de comunicar al Tribunal de Cuentas de Austria, los datos de las personas que tenían un salario por encima de un determinado umbral, en concreto, entre otros colectivos, afectaba a los trabajadores del organismo público de radiodifusión, donde trabajaba el señor Rundfunk. Pues bien, el Tribunal de Justicia resolvió la cuestión acudiendo al artículo 8 del CEDH<sup>333</sup>, ya que todavía la *Carta de*

---

<sup>330</sup> Sobre la creación de la figura del Supervisor Europeo de Protección de Datos, obsérvese, GUERRERO PICÓ, C., “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 4, 2005, p. 315 y ss.

<sup>331</sup> El citado Reglamento cambió la configuración del sistema de protección de datos personales en la Unión Europea. Como consecuencia de ello, será objeto de desarrollo en el presente trabajo.

<sup>332</sup> Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk, STJUE de 20 de mayo de 2003.

<sup>333</sup> Aunque reconoció que la actividad llevada a cabo por parte del Tribunal de Cuentas de Austria suponía una injerencia en la vida privada de los afectados, dejó en manos de los tribunales nacionales del

*Derechos Fundamentales de la Unión Europea* no tenía valor de Tratado, como ya se ha expuesto con anterioridad. Así, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “*aunque la memorización, por el empresario, de datos nominales relativos a las retribuciones abonadas a su personal no puede, como tal, constituir una injerencia en la vida privada, la comunicación de tales datos a un tercero, en el caso de autos, a una autoridad pública, lesiona el derecho al respeto de la vida privada de los interesados, sea cual fuere la utilización posterior de los datos comunicados de este modo, y presenta el carácter de una injerencia en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*”<sup>334</sup>.

En el mismo año, destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del *asunto Lindquist*, citada anteriormente en el presente trabajo. El caso versaba sobre la publicación sin consentimiento alguno, por parte de la señora Lindquist, de diferentes datos personales, como nombre, ocupación, domicilio, situaciones de bajas por enfermedad, de una serie de voluntarios de una parroquia. El apartado 27 de la STJUE deja claro que la actividad realizada por la señora Lindquist constituía un tratamiento de datos personales, así: “*la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales*”.

Ahora bien, para el TJUE que lo anterior constituya un tratamiento de datos en el sentido de lo establecido en la Directiva 95/46, no significaba *per se* que el mismo hubiera sido objeto de violación de tal derecho, ya que, la regulación del citado derecho no podía

---

citado país, el deber de ponderar la justificación de la citada injerencia. Para profundizar sobre la sentencia, obsérvese, CLASSEN, C.D., “Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, Osterreichischer Rundfunk”, en *Common market law review*, volumen 41, número 5, 2004, pp. 1377 a 1385.

<sup>334</sup> Apartado 74 de la STJUE de 20 de mayo de 2003.

impedir el desarrollo del principio general de la libertad de expresión u otros derechos<sup>335</sup>. Así, vuelve a dejar a dejar en manos de los tribunales nacionales el asunto, considerando que: “*incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales (...) garantizar el justo equilibrio entre los Derechos e intereses en juego, incluidos los Derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario*”<sup>336</sup>.

El conocido como *caso Satamedia*, fue resuelto por la STJUE de 16 de diciembre de 2008<sup>337</sup>. En esta sentencia se debatía si la actividad empresarial desarrollada por la empresa Satamedia, consistente en colocar anuncios en periódicos ofreciéndose a suministrar información sobre ingresos de una serie de contribuyentes, información que ya era pública, pues se encontraba a disposición de las autoridades fiscales finlandesas, era o no invasiva en la privacidad de los ciudadanos afectados. En el caso en concreto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la citada actividad podría ser considerada como una actividad de carácter periodístico, y por tanto estar permitida<sup>338</sup>.

También debe destacarse, el conocido como *asunto Huber*<sup>339</sup>, sentencia de la misma fecha que el supuesto anterior, donde se cuestionaba la validez de la creación y mantenimiento de una especie de censo con información sobre extranjeros que residían en Alemania, con fines relacionados con la seguridad, y justicia. En su fallo, el TJUE consideró que tener tal registro no constituía en sí mismo una violación de la normativa

---

<sup>335</sup> Para profundizar en la misma, obsérvese, COUDRAY, L., *op.cit.*, pp. 1361 a 1376.

<sup>336</sup> Apartado 90 STJUE de 6 de noviembre de 2003.

<sup>337</sup> Asunto C-73/07, Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, STJUE de 16 de diciembre de 2008.

<sup>338</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El Tribunal de Justicia y los Derechos en la sociedad de la información: Privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 24, 2015, p.14 y siguientes.

<sup>339</sup> Asunto C-524/06, Huber v. Alemania, STJUE de 16 de diciembre de 2008.

de protección de datos personales, pero solo podrá albergar información destinada a esos fines, es decir, la seguridad, no almacenándose por un simple fin estadístico<sup>340</sup>.

El asunto Comisión v. Alemania fue resuelto por la STJUE de 9 de marzo de 2010<sup>341</sup>, el cual analizó la falta de una autoridad independiente de protección de datos personales en Alemania, ya que los órganos de control existentes se encontraba sujetos a supervisión estatal<sup>342</sup>. Así, el TJUE precisó el alcance e importancia de los organismos independientes de control, considerando que: *“las autoridades de control competentes para vigilar el tratamiento de datos personales en sector público han de disfrutar de la independencia que les permita ejercer sus funciones sin influencia externa. Esta independencia excluye no sólo cualquier influencia que pudieran ejercer los organismos sujetos a control, sino también toda orden o influencia externa, directa o indirecta, que pudiera poner en peligro el cumplimiento de la tarea que corresponde a dichas autoridades de establecer un justo equilibrio entre la protección del derecho a la intimidad y a la libre circulación de datos personales”*<sup>343</sup>.

La STJUE de 25 de octubre del año 2011 sobre el caso *Date Advertising vs. Olivier y Martínez*<sup>344</sup>, resuelve una controversia sobre competencia judicial internacional en materia de protección de datos, ya que se había planteado una demanda de cesación en el tratamiento de datos personales publicados en una web danesa, frente a los tribunales alemanes, que en un primer momento se habían declarado incompetentes para conocer

---

<sup>340</sup> Apartados 63 a 65 de la STJUE de 16 de diciembre de 2008. Profundícese en FAYOS GARDÓ, A., *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 230 ss.

<sup>341</sup> Asunto C-518/07, Comisión V. Alemania, STJUE de 9 de marzo de 2010. Sobre la misma, puede verse la obra de SIGNES DE MESA, J.A., y GAVILÁN HORMIGO, L., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos fundamentales-2014”, en *Revista Europea de Derechos fundamentales*, número 24, 2014, pp. 305 y siguientes.

<sup>342</sup> Prácticamente idéntico es el Asunto C-614/10, Comisión vs. Austria, resuelto por la STJUE de 16 de octubre de 2012.

<sup>343</sup> Apartado 30 STJUE de 9 de marzo de 2010.

<sup>344</sup> Asuntos acumulados C-509/09 y C-161-10, caso *Date Advertising vs. Olivier y Martínez*, STJUE de 25 de octubre de 2011.

del asunto. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió el asunto considerando que la persona lesionada en su derecho fundamental a la protección de datos personales podría acudir a tres foros distintos en la búsqueda de su reparación: a) ante los órganos judiciales donde radique la demandada; b) ante los órganos judiciales donde radique su centro de interés; y c) ante los tribunales del Estado, donde el contenido en Internet sea accesible<sup>345</sup>.

También resulta interesante el *caso Wintersteiger*<sup>346</sup>, examinado por la STJUE de 19 de abril de 2012. En ella se dirimía la solicitud de la empresa austriaca Wintersteiger, que quería que no se identificara a la misma, con los servicios ofrecidos por otra empresa que radicaba en Alemania, ya que al introducir su nombre en el buscador de Internet, se producía la citada asociación. Al tratarse de una cuestión de propiedad intelectual, más que de protección de datos personales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que por razones de buena administración de justicia, tendrían que ser los tribunales del Estado miembro de registro de la marca controvertida son los que deberían resolver el fondo del asunto de la cuestión<sup>347</sup>.

Muy trascendente fue el *asunto Digital Rights Ireland Ltd*, analizado en la STJUE 8 de abril de 2014<sup>348</sup>. La sentencia anuló la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre conservación de datos de tráfico y localización de comunicaciones electrónicas, cuya finalidad radicaba en garantizar la

---

<sup>345</sup> GIMENO RUIZ, Á., “Derechos de la personalidad e Internet”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 1, número 4, 2014, pp. 232 y siguientes.

<sup>346</sup> Asunto C-523/10, caso Wintersteiger, STJUE 19 de abril de 2012.

<sup>347</sup> LÓPEZ TARRUELLA-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”, en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen 69, número 2, 2017, p. 242 y siguientes.

<sup>348</sup> Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Asunto Digital Rights Ireland Ltd vs. Seitlinger y otros, STJUE 8 de abril de 2014.



tenencia y disposición de esos datos para la investigación de delitos graves, como el terrorismo<sup>349</sup>.

Tal Directiva obligaba a los prestadores de servicios de comunicaciones a conservar los datos de tráfico, localización e identificación de personas físicas y jurídicas, cuestión que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acarrea que esos datos, “considerados en su conjunto podían proporcionar indicaciones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se conservasen, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanente o temporal, los desplazamiento diarios u otros, las actividades realizadas, las relaciones sociales y los medios sociales frecuentados”<sup>350</sup>.

Sobre la incidencia de esta conservación de datos, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que: *“la conservación de datos para su eventual acceso por las autoridades nacionales competentes afecta de manera directa y específica a la vida privada, y por tanto, a los derechos que garantiza el artículo 7 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión. Además, el artículo 8 de la Carta también es aplicable a dicha conservación de datos, puesto que constituye un tratamiento de datos de carácter personal y debe, por tanto, cumplir necesariamente los requisitos de protección de datos que se derivan de dicho artículo”*<sup>351</sup>.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había dudas de que la citada Directiva contravenía el derecho fundamental a la protección de datos personales, ya que

---

<sup>349</sup> Sobre la misma, véase, entre otros, RALLO LOMBARTE, A., “El terrorismo internacional y sus conflictos: Seguridad vs. privacidad”, en *Revista de análisis y prospectiva*, número 3, 2008, pp. 113 a 131 y, CUBERO MARCOS, J., y ABERASTURI GORRIÑO, U., “Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: Especial referencia a la Ley 25/2007 sobre conservación de datos”, en *Revista Española de Protección de datos*, número 83, 2008, pp. 175 a 197.

<sup>350</sup> RALLO LOMBARTE, A., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Europa”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 39, 2017, p. 593.

<sup>351</sup> Apartado 29 STJUE 8 de abril de 2014.

afectaba a toda la población, no concretaba el concepto de delitos graves, por lo que se dejaba libertad a los Estados para tratar los datos en diferentes ocasiones y dependiendo de su interpretación y, además, no se garantizaba que los datos personales se conservaran solo en el territorio de la Unión Europea, es decir que, podrían ser trasladados internacionalmente, encontrándose además lejos de la importante función de control que realizan las autoridades independientes<sup>352</sup>.

Dejando aparcadas por el momento la sentencia del *asunto Google vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)* y la del asunto *Schrems* o mejor dicho asuntos,<sup>353</sup> se debe destacar el *asunto Weltimmo*<sup>354</sup>, resuelto por la STJUE 1 de octubre de 2015. El asunto versaba sobre la controversia existente entre la autoridad independiente de protección de datos de Hungría, y una empresa que gestionaba a través de una página web el alquiler y venta de diferentes inmuebles de Hungría, encontrándose la sede de la empresa por el contrario en Eslovaquia. Así, la autoridad independiente de protección de datos de Hungría había sancionado a esta empresa, la cual no había aceptado el derecho aplicable de Hungría en el procedimiento administrativo<sup>355</sup>.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no había dudas de que la actividad llevada a cabo por la empresa era constitutiva de un tratamiento de datos personales realizado en otro estado miembro, permitiendo la Directiva 95/46, realizar una actividad

---

<sup>352</sup> Apartados 56, 60 y 68 de la STJUE 8 de abril de 2014.

<sup>353</sup> Siguiendo el orden cronológico de exposición de los principales acontecimientos que han intervenido en la regulación actual del derecho fundamental a la protección de datos, sería el momento de hacer referencia a ambas sentencias del TJUE. Sin embargo, la primera de ellas, *Google vs. AEPD*, será analizada en profundidad en el capítulo tercero de la presente tesis doctoral, y la segunda, el Asunto *Schrems*, o asuntos en plural, ya que la actividad del señor *Schrems* ha dado lugar a dos sentencias sobre el tratamiento de datos realizado por la red social *Facebook*, serán objeto de exposición en el capítulo cuarto de la obra, junto con otra serie de sentencias relativas en exclusiva a la citada red social.

<sup>354</sup> Asunto C-230/14, *Weltimmo, s.r.o.v Nemzeti Adatvédelmi és Információs Zrt. (HOTOSAG)*, STJUE 1 de octubre de 2015.

<sup>355</sup> Obsérvese, SVANTESSON, D., “The CJEU's WELTIMMO Data Privacy Ruling: Lost in the Data Privacy Turmoil, Yet So Very Important”, en *Maastricht journal of European and comparative law*, volumen 23, número 2, 2016, pp. 332 a 341.

de control y seguimiento a la autoridad nacional independiente del estado en cuestión, ya que: *“de no existir dicha disposición, en el supuesto de que el responsable del tratamiento de los datos personales estuviera sujeto al Derecho de un Estado miembro, pero vulnerase el derecho a la protección de la intimidad de las personas físicas en otro Estado miembro, en concreto, dirigiendo su actividad hacia ese otro Estado miembro sin estar allí establecido, en el sentido de la citada Directiva, sería difícil, incluso imposible, que dichas personas pudieran hacer respetar su derecho a esa protección”*<sup>356</sup>.

Es decir, la sentencia vuelve a utilizar un concepto flexible del término establecimiento<sup>357</sup>, ya que Weltimmo consideraba que no tenía ningún establecimiento en Hungría, considerando que: *“se desprende que Weltimmo dispone de un representante en Hungría y que intentó negociar con los anunciantes el pago de los créditos impagados. Dicho representante sirvió de enlace entre la citada sociedad y los denunciantes y la representó en los procedimientos administrativo y judicial. Por añadidura, la referida sociedad abrió una cuenta bancaria en Hungría, destinada al cobro de sus créditos, y utiliza un apartado de correos en el territorio de dicho Estado miembro para la gestión de sus asuntos corrientes”*<sup>358</sup>.

Debe destacarse también la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre del año 2016, sobre el conocido Asunto Tele2 y Watson<sup>359</sup>. La controversia jurídica resuelta por la STJUE en

---

<sup>356</sup> Apartado 53 de la STJUE 1 de octubre de 2015.

<sup>357</sup> Junto a la sentencia Google vs. AEPD, esta interpretación flexible del término establecimiento, fue una importante revolución en el ámbito del derecho fundamental a la protección de datos, ya que permitió aplicar las normas comunitarias aún en supuestos donde la entidad demandada no tuviera su centro principal de interés en un Estado miembro. Esta cuestión ha sido reformada en la última norma de protección de datos comunitaria existente en la actualidad, pudiendo observarse sobre la citada cuestión, entre otras obras, CANTO MONIZ, G., “Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law. The end of the linguistic conundrum of Article 3(2) of the GDPR”, en *UNIO-EU Law Journal*, volumen 4, número 2, 2018, pp. 105 a 116, y, SANCHO-VILLA, D., “The Concept of Establishment and Data Protection Law: Rethinking Establishment”, en *European Law Review*, número 42, 2017, pp. 1 a 21.

<sup>358</sup> Apartado 33 de la STJUE 1 de octubre de 2015.

<sup>359</sup> Asuntos C-203/15 y C-698/15, Tele2 Sverige AB y Postoch telestyrelsen, y Secretary of State for the Home Department y Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, STJUE 21 diciembre 2016.

dos asuntos acumulados, radica en la problemática sobre la conservación de datos personales, así, el primero de ellos, hace referencia a la empresa de telecomunicación Tele2 Sverige notificó a la autoridad sueca de control de los servicios de correos y telecomunicaciones su decisión de no seguir conservando los datos y su intención de suprimir los datos ya registrados (asunto C-203/15), ya que el Derecho sueco obliga en efecto a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a conservar de modo sistemático y continuado, sin ninguna excepción, todos los datos de tráfico y de localización de todos sus abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica. En el segundo asunto acumulado C-698/15, los Sres. Tom Watson, Peter Brice y Geoffrey Lewis interpusieron recursos contra la normativa británica de conservación de datos que permite al Ministro del Interior obligar a los operadores de telecomunicaciones públicas a conservar todos los datos relativos a las comunicaciones durante un período máximo de doce meses, estando excluida la conservación del contenido de esas comunicaciones<sup>360</sup>.

Como consecuencia de la influencia del *asunto Digital Rights Ireland*<sup>361</sup>, ya explicado con anterioridad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye en el apartado 53 de la sentencia 21 de diciembre de 2016, que: *”una normativa que establece la conservación generalizada e indiferenciada de los datos no exige ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública y no*

---

<sup>360</sup> Obsérvese, CASTILLO DE LA TORRE, F., y NEMECKOVA, P., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 56, 2017, pp. 262 ss.

<sup>361</sup> La problemática sobre la retención de datos personales, también será objeto de otra respuesta por parte del TJUE, en este caso ante una investigación de un delito de robo con violencia, donde la Audiencia Provincial de Tarragona decidió suspender la tramitación del procedimiento a fin de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se plantean dudas de si la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cumple, o no, con las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, particularmente, con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sobre la citada cuestión prejudicial, obsérvese, en TEJADA DE LA FUENTE, E., ZARAGOZA TEJADA, J.I., “Apuntes a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona frente a la Ley 25/2007”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9, 2018, pp. 1 a 20.

*se limita, en particular, a prever una conservación de datos referentes a un período temporal, una zona geográfica o un círculo de personas que puedan estar implicadas en un delito grave. Tal normativa nacional excede, por tanto, de los límites de lo estrictamente necesario y no puede considerarse justificada en una sociedad democrática, como exige la Directiva, interpretada a la luz de la Carta”.*

Resulta interesante terminar la presente exposición jurisprudencial, con el análisis de la STJUE 10 de julio de 2018, donde se demuestra que la protección de datos también irradia sus efectos en cuestiones divinas, así el asunto *Testigos de Jehová*, denominación, como es de sobra conocida, que se le otorga a una extendida confesión religiosa<sup>362</sup>. En la citada sentencia se discute sobre si la recogida de los datos personales realizada por el acceso puerta a puerta de los seguidores de la confesión, al objeto de captar a nuevos adeptos, constituye un tratamiento de datos personales, y por tanto, si se le podrá atribuir a la citada confesión el carácter de responsable del tratamiento, debiendo aplicar en el mismo, las salvaguardias comunitarias existentes en relación a la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Así, la *Agencia de protección de datos de Finlandia* consideró que la citada actividad era contraria a las exigencias comunitarias, pero tras la interposición de diferentes recursos, el asunto acabó con el planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para la citada confesión religiosa, la recogida de los datos personales en su actividad de predicación de puerta a puerta y el posterior tratamiento de estos datos, se encontraba legitimada en la conocida como excepción

---

<sup>362</sup> SALINAS MENGUAL, J.C., “Protección de datos entre el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones religiosas. El caso finlandés y el español (a propósito de la Sentencia Jehovan Todistajat del TJUE)”, en *Revista Ius Canonicum*, volumen 58, número 116, 2018, p. 671 y siguientes.

doméstica, no aplicándose la normativa de protección de datos<sup>363</sup>. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la citada actividad se excede de lo considerado como excepción doméstica ya que durante la misma obtiene que: *“la recogida de datos en relación con la actividad de predicación puerta a puerta objeto del litigio principal se realiza a modo de recordatorio, sobre la base de un reparto por zonas geográficas, con el fin de facilitar la organización de visitas posteriores a personas que ya han sido contactadas. Dichos datos no solo comprenden información sobre el contenido de las conversaciones acerca de las convicciones de la persona contactada, sino también su nombre y dirección. Además, esa información, o al menos parte de la misma, se utiliza para elaborar registros, gestionados por las congregaciones de la comunidad de los Testigos de Jehová, sobre las personas que no desean recibir más visitas de miembros predicadores de dicha comunidad”*<sup>364</sup>.

Una vez determinado el alcance de la actividad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene dudas en considerar a la confesión religiosa como responsable del tratamiento y, como consecuencia de la citada consideración, debe respetar las normas comunitarias en la recogida y tratamiento posterior de la misma<sup>365</sup>. Para el Tribunal: *“la recogida de los datos personales se efectúa en relación con el ejercicio de la actividad de predicación puerta a puerta, mediante la cual los miembros predicadores de la comunidad de los Testigos de Jehová difunden la fe de su comunidad. Esta actividad de predicación constituye, como se desprende de la resolución de remisión, un tipo de actividad esencial de la comunidad de los Testigos de Jehová y está organizada,*

---

<sup>363</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., y GONZALO DOMENECH, J.J., “¿Deben los Testigos de Jehová cumplir las normas establecidas por el Derecho de la Unión Europea en materia de Protección de Datos Personales?”, en *Diario La Ley*, número 9274, 2018, p. 4 y siguientes.

<sup>364</sup> Apartado 59 del Asunto C-25/17, *Jehovan todistajat - uskonnollinen yhdyksunta*, STJUE 10 de julio de 2018.

<sup>365</sup> VON DANWITZ, T., “La comunidad los Testigos de Jehová es responsable del tratamiento de los datos personales recogidos durante una actividad de predicación puerta a puerta. TJ, Gran Sala, S 10 Jul. 2018. Asunto C-25/17: *Jehovan todistajat*”, en *La Ley Unión Europea*, número 62, 2018, página 5.

*coordinada y fomentada por dicha comunidad. En este contexto, los datos se recogen a modo de recordatorio en aras a su posterior utilización y a una posible nueva visita. Por último, partiendo de los datos que les transmiten los miembros predicadores, las congregaciones de la comunidad de los Testigos de Jehová llevan registros de las personas que no desean recibir más visitas de esos miembros (...) En consecuencia, la recogida de datos personales sobre las personas contactadas y su posterior tratamiento sirven para alcanzar el objetivo de la comunidad de los Testigos de Jehová consistente en difundir la fe de esta comunidad y, por lo tanto, se llevan a cabo por los miembros predicadores para los fines propios de dicha comunidad”<sup>366</sup>.*

### **III. LA INICIAL NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN ESPAÑA**

#### **A) Orígenes del derecho a la protección de datos personales en España**

Quizás, lo narrado constituya un interesante resumen de los orígenes, fundamentalmente comunitarios del derecho fundamental a la protección de datos personales, sin entrar en su situación actual que después se expondrá. Es el momento de analizar este origen y evolución en la normativa española, analizando en el presente apartado la normativa clásica sobre la materia, para después analizar en el cuarto apartado del presente capítulo, la normativa actual tanto comunitaria como española del derecho fundamental a la protección de datos personales, prestando notable atención, como no podría ser de otra forma, a la regulación sobre la posible responsabilidad civil que se puede derivar de una violación del citado derecho.

Entrando ya en la normativa nacional, el citado derecho se encuentra consagrado en el artículo 18.4 de la vigente Constitución Española de 1978. Dicho precepto indica que: “la

---

<sup>366</sup> Apartados 70 y 71 del Asunto C-25/17, Jehovan todistajat — uskonnollinen yhdyksunta, STJUE 10 de julio de 2018.

ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Ahora bien, aunque parezca que el encaje del citado derecho fundamental se encuentre en el artículo 18.4 CE, en realidad allí no reconoce de manera expresa el derecho fundamental a la protección de datos personales, siendo bautizado por parte de la doctrina como un precepto de “lexicología imperfecta”<sup>367</sup>.

Sin embargo, pese a no realizar un reconocimiento expreso<sup>368</sup>, el constituyente español quiso establecer otro sistema de protección para los datos personales de los ciudadanos, distinto a la protección del derecho a la intimidad, elevado a la categoría de derecho fundamental en virtud de lo establecido en el artículo 18.1 CE<sup>369</sup>, ya que, “existían ya elementos de juicio suficientes para apreciar que de la utilización de la informática podían derivarse riesgos graves para las personas que requerían establecer de forma expresa el principio de protección frente a tales peligros, no solo de los reconocidos en el artículo 18.1, sino de todos los derechos que les corresponden”<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> LÓPEZ AGUILAR, J.F., “La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: Los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EUUA”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 39, 2017, p. 559. También se ha utilizado el término, “redacción no muy afortunada”, sobre todo al comparar la regulación española, con la del artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, que si establecía, como se expuso con anterioridad, un derecho fundamental a la protección de datos personales. Véase la Tesis Doctoral de JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTERO, I., *El Derecho al olvido digital del pasado penal*, dirigida por CARRASCO DURÁN, M., depositada en la Universidad de Sevilla, 2018, p. 32. En: <https://idus.us.es/handle/11441/75092> (consultada 10 enero 2019).

<sup>368</sup> El citado precepto fue objeto de diferentes reformas durante el proceso de realización de la Constitución, debido al enorme debate suscitado por el debate de las nuevas tecnológicas informáticas. Sobre esto, obsérvese, PÉREZ LUÑO, A.E., “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 24, 1981, p.41 y siguientes.

<sup>369</sup> Artículo 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

<sup>370</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P.L., “La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 20, 2003, p. 29. Ahora bien, como se ha expuesto, la primera regulación y vestigios tanto internacionales como comunitarios del derecho a la protección de datos personales, se encontraba basada en la protección de la esfera privada o intimidad del individuo, situación que también se observará en el desarrollo jurisprudencial y normativo de los textos legales nacionales. De hecho, este artículo 18.4 CE, fue considerado por algunos como una garantía de la protección de la intimidad. Obsérvese, BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 8, número 24, 1988, p. 163: “Es claro que este precepto tiene como objeto proteger el derecho al honor y a la intimidad



El legislador español desarrolló el mandato, quizás término más adecuado que el de reconocimiento, de protección de los datos personales contenido en el artículo 18.4 CE, a través de la *Ley Orgánica 5/1992, de 19 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD)*<sup>371</sup>, dictada solo un año después que la norma de protección de datos de Portugal<sup>372</sup>, que tuvo poco recorrido, pues tuvo que ser modificada poco tiempo después tras la aprobación de la Directiva 95/46 CE.

De la propia exposición de motivos de la *Ley Orgánica 5/1992* se deducía que su regulación no se circunscribía al derecho a la intimidad, sino que regulaba algo distinto: la privacidad. Así: “el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la *privacidad* y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona - el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como

---

personal, lo que es como decir delimitar uno de los aspectos del contenido de ese derecho. Si el legislador decide limitar el intercambio de información entre diferentes oficinas gubernamentales, si asegura procedimientos de garantía del particular frente a la Administración pública y otros particulares, estará inevitablemente dotando de contenido a un derecho fundamental. El poder de reacción que la Constitución confiere a los particulares para defender su derecho a la intimidad será mucho mayor y más efectivo”.

<sup>371</sup> Ley Orgánica 5/1992, de 19 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

<sup>372</sup> La norma portuguesa nace como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués, conocida como Asunto “ACORDAO” núm. 182/87. Obsérvese, RAMIRO LOZANO, I., y CARRASCOSA LÓPEZ, V., “La protección de datos personales en la Península Ibérica”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 4, 1994, pp. 247 y siguientes. Obsérvese también, CASTILLO JIMÉNEZ, C., “Estudio comparativo de la norma 10/91, de protección de datos personales informatizados, portuguesa y la ley orgánica 5/92 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), española”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* número 5, 1994, p. 60 y siguientes.

precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la norma ya derogada, se expondrán sintéticamente algunos de los aspectos claves sobre la *Ley Orgánica 5/1992*<sup>373</sup>. En relación a su objeto, el mismo vendía descrito en su artículo segundo, resultando sus postulados de aplicación a los datos de carácter personal que figuraban en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado. Su título II establecía una serie de principios en el tratamiento de datos personales: calidad, información al interesado, consentimiento del interesado, seguridad en el tratamiento, la existencia de una serie de datos especialmente protegidos, y el deber de secreto del responsable del tratamiento de los datos. Además, su título III incluía una serie de derechos para los interesados: impugnación, información, acceso, responsabilidad y cancelación. En último lugar, exponer que el título III de la *Ley Orgánica 5/1992* creó la *Agencia Española de Protección de Datos Personales* (AEPD).

Se debe destacar, especialmente, el artículo 17 LORTAD, ya que establecía la existencia de un derecho a indemnización cuando el afectado por el tratamiento de un dato personal, sufriera un daño no amparado en las excepciones previstas en su articulado, es decir, es el primera norma del ordenamiento jurídico español que recogía la posibilidad del ejercicio de una acción de responsabilidad civil por tratamientos defectuosos en la protección de datos personales. Así, las posibilidades de reclamación del individuo eran varias, pudiendo tanto interponer una reclamación administrativa ante la *Agencia*

---

<sup>373</sup> Se pueden citar una serie de obras que realizan un análisis más exhaustivo de la LORTAD. Así, por ejemplo, MARZAL HERCE, G., *Bases de datos personales: Requisitos para su uso. Comentarios a la LORTAD y normativa complementaria*, edita la Universidad de Deusto, Bilbao, 1996 y, LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., “La ley de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 6, 1994, pp. 93 a 116.

*Española de Protección de Datos*, como interponer la oportuna acción ante los órganos de la jurisdicción ordinaria<sup>374</sup>.

Una vez analizada la *Ley Orgánica 5/1992*, procede continuar con la exposición de la evolución del derecho fundamental a la protección de datos personales en España. Para ello, y antes de llegar a la norma que derogó el anterior texto legislativo expuesto, deben ser analizadas varias sentencias del Tribunal Constitucional español, sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales.

Concretamente se debe hacer mención en primer lugar, a la STC 254/1993, de 20 de julio, documento que reconoce por primera vez, la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales, contando con la virtualidad que para su resolución, no se basó en el texto de la *Ley Orgánica 5/1992*, sino que para elevar el derecho a la protección de datos personales a la categoría de fundamental, tuvo que reinterpretar el artículo 18.4 de la CE, apoyándose para ello en el contenido del artículo 8 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>375</sup>.

En el fundamento jurídico 6 de la citada STC señala que: “*nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en*

---

<sup>374</sup> CASTELLS ARTECHE, J.M., “Derecho a la privacidad y procesos informáticos: Análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre (LORTAD)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 39, 1994, p. 260 y siguientes. Cuando el derecho de indemnización se pretendiera de una Administración Pública habría que acudir a la jurisdicción administrativa, en vez de a la jurisdicción ordinaria, duplicidad criticada por GAYO SANTA CECILIA, M.E., “Garantías del ciudadano ante la LORTAD: Posibles vías de defensa y protección de sus Derechos fundamentales”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 4, 1994, p. 204 y siguientes.

<sup>375</sup> Comentarios más extensos sobre la citada sentencia pueden encontrarse, entre otras en la obra de VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Protección de datos personales, derecho a ser informado, y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254//1993”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, 1994, p. 194 y siguientes, GONZÁLEZ MURUA, A.R., “Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la Protección de Datos Personales”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 7, pp. 227 a 270 y, ARROYO YANES, L.M., “El derecho a la autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio)”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 16, 1993, p. 123 y siguientes.

*último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso, estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática”.*

También, debe subrayarse que la citada resolución judicial es considerada pionera, al extender el artículo 18.4 CE al derecho de protección de datos de carácter personal, pero también en ocasiones resulta, cuanto menos contradictoria, ya que, alude a la protección de datos como un fundamento del derecho a la intimidad<sup>376</sup>. Así, su fundamento jurídico 8 estableció lo siguiente: *“es suficiente con constatar que, al negarse a comunicarle la existencia e identificación de los ficheros automatizados que mantiene con datos de carácter personal, así como los datos que le conciernen a él personalmente, la administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección”.*

La labor por parte del Tribunal Constitucional de contribuir a la creación de un verdadero derecho fundamental a la protección de datos personales, continuó firme, como se puede observar en la STC 11/1998, de 13 de enero, conocida como *asunto Renfe*, donde los datos de los trabajadores que habían acudido a una huelga se utilizaron para retener parte del salario<sup>377</sup>. En la misma, “se fija en la conexión esencial que debe existir entre el

---

<sup>376</sup> AGUADO RENERO, C., “La protección de los datos personales frente al Tribunal Constitucional Español”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 23, 2010, p. 8 y siguientes.

<sup>377</sup> Comentario más extenso puede encontrarse en la obra de, VICENTE PACHÉS, F., “Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical Comentario a la Sentencia 11 / 1998 de 13 enero de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional (BOE de 12 de febrero de 1998)”, *Revista Aranzadi Social*, nº 5, 1998, pp. 473 a 498.

consentimiento del interesado o la autorización legal para el tratamiento de sus datos personales y la finalidad legítima para la que se recaban. Conexión cuyo respeto determina los límites de la autorización, de tal manera que el uso de tales datos para fines distintos de los consentidos supone una infracción del derecho que el Tribunal Constitucional corrige concediendo el amparo que se le solicitaba”<sup>378</sup>.

El Tribunal Constitucional en este caso, tampoco vuelve a nombrar al derecho fundamental a la protección de datos como tal, sino que se vuelve a referir a la denominada libertad informática, como extensión de la intimidad, hecho que se desprende de su fundamento jurídico cuarto: *“la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada “libertad informática” es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”*.

Es verdad que en 1998 no existía todavía en España el reconocimiento expreso y rotundo de un verdadero derecho a la protección de datos o privacidad como tal, sino que más bien se seguía por la misma vía que la utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su citada sentencia sobre el censo, es decir, la de reconocer el “derecho a la autodeterminación informativa”<sup>379</sup>. Así, “en esta primera jurisprudencia, se reconoce

---

<sup>378</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P.L., “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, en *Revista Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, número 20, 2008, p. 51.

<sup>379</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P.L., “Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, volumen 2, número 58, 2000, pp. 211 a 215. Quizás es el mismo autor citado, el máximo exponente de la teoría de la autodeterminación informativa, aunque aparte de su importante y pionera monografía, MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática*, editorial Tecnos, Madrid, 1991, también pueden citarse, entre otras obras, la de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica al derecho a la autodeterminación informativa*, editorial Civitas, Madrid, 2004, COMELLA DORDA, R., “El derecho a la autodeterminación informativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 72, 1991, pp. 605 a 610 y, ACUÑA ROLDÁN, J.M., “La protección de datos personales y la autodeterminación

tímidamente, la existencia de un derecho que nace como consecuencia de la evolución técnica, aunque no le da el nombre de derecho a la protección de datos de carácter personal, sino que se refiere a él como libertad informática<sup>380</sup>.

En el año 1999 se produce un hecho importante en la configuración del actual derecho fundamental a la protección de datos como fue la promulgación de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos*, Ley que fue dictada como consecuencia de la necesidad de trasponer la Directiva 95/46 aludida anteriormente. Esta disposición ha constituido la norma básica de interpretación del citado derecho<sup>381</sup>, hasta el año 2016 donde la Unión Europea modificó por completo su Directiva del año 1995.

Significativa es la STC 290/2000, de 30 de noviembre, donde se declara constitucional, ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Cataluña, que un órgano nacional independiente de protección de datos de carácter personal, en este caso la *Agencia Española de Protección de Datos* tenga competencias en todo el territorio nacional, ya que se trataba de un órgano cuyo objetivo principal radica en garantizar un derecho con un contenido semejante para todas las personas<sup>382</sup>.

La citada sentencia, supone un avance trascendental en la consagración del derecho fundamental a la protección de datos, de hecho junto con la STC 292/2000 dictada el mismo día, son consideradas como las creadoras del derecho fundamental a la protección de datos autónomo del concepto de intimidad o autodeterminación informativa<sup>383</sup>. Así de

---

informativa como respuesta desde el derecho ante el poder informático”, en *Revista Ars Iuris*, número 33, 2005, pp. 13 a 41.

<sup>380</sup> MIJTANS PARELLÓ, E., “Impacto de las redes sociales en el Derecho a la Protección de Datos Personales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, número 2, 2009, p. 129.

<sup>381</sup> Para una primera aproximación a la norma, obsérvese la obra de APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.

<sup>382</sup> Sobre la misma, obsérvese, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 197 y siguientes.

<sup>383</sup> ALGUACIL GONZÁLEZ, A., “La libertad informática: Aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 7, 2001, pp. 370 y siguientes. En el mismo sentido, incidiendo en la importancia de la sentencia, obsérvese, MONTSERRAT SÁNCHEZ-

su fundamento jurídico séptimo se extrae que el artículo 18.4 CE: “*es, en sí mismo, un Derecho fundamental, el Derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos, lo que la Constitución llama la informática*”, y además, esta STC va a un paso más allá aludiendo expresando al derecho a la protección de datos personales en su fundamento jurídico octavo: “*se está desvirtuando cuál es el bien jurídico constitucionalmente relevante, que no es otro que la protección de los datos de carácter personal frente a un tratamiento informático que pueda lesionar ciertos Derechos fundamentales de los ciudadanos o afecta al pleno ejercicio de sus Derechos, como claramente se desprende del propio precepto constitucional*”.

Como se avanzó, la STC 292/2000 de 30 de noviembre, junto con la anterior aunque en menor medida, es reconocida como la más importante sobre protección de datos personales, delimitando en su texto el ámbito de aplicación y núcleo de acción del derecho fundamental a la protección de datos personales autónomo e independiente del resto de derechos de los contenidos en el artículo 18 de la Constitución Española<sup>384</sup>.

Con respecto a su ámbito de aplicación, el Tribunal Constitucional distinguió expresamente el derecho a la protección de datos personales, frente a los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 18.1 CE: honor, intimidad y propia imagen, ya que hasta entonces, seguía existiendo parte de la doctrina que consideraba que este derecho

---

ESCRIBANO, M. I., “Libertad informática y protección de datos: Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tutela penal en el delito de descubrimiento y revelación de secreto”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 19, 2015, p. 341: “En este último pronunciamiento el Alto Tribunal asienta los cimientos de la libertad informática como un derecho autónomo, perfilando el objetivo, función, naturaleza, objeto e incluso los límites de la libertad.

<sup>384</sup> Comentarios más extensos sobre la misma, pueden encontrarse, entre otras, en MARTÍN RODRÍGUEZ, P., y LIÑAN NOGUERAS, D., “La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2000 y 2001”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 6, 2002, p. 541 y siguientes y, SEAONE, J.A., “La ampliación del catálogo de derechos fundamentales”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 54, 2006, p. 451 y siguientes; y, HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

era una manifestación o vertiente del derecho a la intimidad<sup>385</sup>. Ha de subrayarse el importante contenido del fundamento jurídico 6, que establece: *“la función del Derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida privada personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el Derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y Derecho del afectado (...) de este modo, el objeto de protección del Derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de datos personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus Derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”*.

En relación al núcleo de acción del derecho fundamental a la protección de datos, el fundamento jurídico 7 de la citada STC, estableció que: *“de todo lo dicho resulta que el contenido del Derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la*

---

<sup>385</sup> Obsérvese a modo de ejemplo, la obra de LÓPEZ GARRIDO, D., “Aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Revista de Derecho Político*, número 38, 1993, p. 14: “El artículo 18.4 se refiere a una dimensión de la intimidad, aquella que tiene que ver con las informaciones sobre la vida de una persona que, de tal modo determinen el ámbito de lo que propiamente podríamos llamar su personalidad” .



*facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”.*

Se debe enfatizar que el derecho fundamental a la protección de datos, al igual que el resto de derecho se encuentra sujeto a límites<sup>386</sup>, o excepciones como la libertad de expresión o la actividad periodística en algunos casos, pero el límite más importante vendrá marcado por respeto al contenido esencial del resto de derechos fundamentales. Así, se expresa la STC 11/1981 de 8 de abril, en su fundamento jurídico octavo, que para aproximarse al contenido esencial de un de un derecho, deben tenerse en cuenta la existencia de dos caminos: *“el primero es tratar de acudir a los que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho (...) el segundo consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos (...) de este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.*

## **B) La Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: su decisiva importancia**

Tras resaltar la relevancia de la anterior decisión del Tribunal Constitucional, conviene ahora exponer los principales aspectos de la regulación clásica del derecho fundamental

---

<sup>386</sup> Objeto de crítica por la doctrina ha sido la STC 39/2016, de 3 de marzo, por limitar el derecho fundamental a la protección de datos personales de una trabajadora que fue despedida por la colocación de cámaras de control por parte del empresario, sin previo aviso de la existencia de las mismas, primando el poder de control y organización del empresario en el ámbito de la relación laboral. En este sentido, obsérvese, CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “El derecho a ser informado como elemento esencial del derecho a la protección de datos. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de su cambio de doctrina en la STC 39/2016”, *Revista Vasca de Administración Pública*, número 106, 2016, p. 210 y siguientes. También, AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., “La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal”, en *Labor Law Issues*, volumen 2, número 1, 2016, pp. 36 ss.

a la protección de datos personales en España<sup>387</sup> y, a la vez, analizar las consecuencias de su incumplimiento o violación.

La anterior regulación jurídica del derecho fundamental a la protección de datos se encontraba, en el ordenamiento jurídico español en la, ya hoy derogada, *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)* y su Reglamento de desarrollo aprobado por *el Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre (RLOPD)*<sup>388</sup>. Así, en el primer artículo de la *Ley Orgánica 15/1999*, se encontraba su objeto que radicaba en: “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

El propio texto legal, establecía en su artículo 3, una definición de *tratamiento de datos personales*, según la cual serían operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Además, se entendía por *dato personal*, según el mismo precepto, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Por otra parte, en relación a los principios fundamentales en la recogida de datos, destacan los siguientes<sup>389</sup>:

- *Principio de calidad de los datos*<sup>390</sup>. El artículo 5 LOPD regulaba este principio y establecía que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento,

---

<sup>387</sup> Como anteriormente se expresó, la nueva normativa comunitaria ha obligado al Estado español a modificar la LOPD, después se expondrá la situación actual.

<sup>388</sup> Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, «BOE» núm. 17, de 19 de enero de 2008.

<sup>389</sup> VEGA CLEMENTE, V., “Comercio electrónico y protección de datos”, en *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, número 25, 2013, pp. 205 a 244.

<sup>390</sup> Sobre el mismo, obsérvese TRONCOSO REIGADA, A., “El principio de calidad de los datos. Título II. Principios de la protección de datos. Artículo 5”, en la obra *colectiva Comentario a la Ley Orgánica de*

así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrían usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se consideraba incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

- *Principio del consentimiento del afectado*<sup>391</sup>. Regulado en el artículo 6 LOPD que establecía que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa, consentimiento que, podía ser revocado cuando existiera causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. En relación con la posibilidad de revocación, algunos autores consideraban que, “teniendo en cuenta la trascendencia del consentimiento, que la disponibilidad de los datos que, en su caso, lo fundamenta afecta a derechos fundamentales de la persona y que la directiva no dice nada en relación con la revocación, solo cabe concluir que, en principio, la revocación del consentimiento ha de ser tan libre como la emisión”<sup>392</sup>. Además, se establecía una excepción a la necesidad de prestar consentimiento, como ocurría en el caso de que los datos de los datos de carácter personal se recopilaban para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.

---

*Protección de Datos de Carácter Personal*, coordinada por el citado autor, editorial Cívitas, Madrid, 2010, pp. 340 a 394.

<sup>391</sup> Una de las grandes novedades de la nueva normativa comunitaria es la prohibición del consentimiento tácito, el cual se encuentra permitido en la LOPD.

<sup>392</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, M., “El poder de autodeterminación de los datos personales en Internet”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 14, Mayo, 2012, p. 66.

- *Principio de seguridad de los datos personales*<sup>393</sup>. El artículo 9 LOPD regulaba una de las salvaguardas más importantes del derecho fundamental a la protección de datos personales. En efecto, este precepto establecía el deber de que el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

- *Principio del deber de secreto*<sup>394</sup>. En este caso, es el artículo décimo de la *Ley Orgánica 15/1999* el que lo establecía, utilizando los siguientes términos: “el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.

En su texto, se articularon una serie derechos que se concedían a los ciudadanos en relación con sus datos personales, ubicados en el título tercero de la *Ley Orgánica 15/1999*, los de acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como los “derechos ARCO”<sup>395</sup>:

---

<sup>393</sup> Para profundizar obsérvese, MARTÍN MIRALLES LÓPEZ, R., “Seguridad de la información y protección de datos personales. Título II. Protección de datos personales. Artículo 5”, en la obra *colectiva Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, coordinada por Troncoso Reigada, A., editorial Cívitas, Madrid, 2010, pp. 762 a 782.

<sup>394</sup> Obsérvese, NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Y., “El deber de secreto”, en la obra colectiva coordinada por Almuzara Almáida, C., *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, editorial Lex Nova, Madrid, 2005, pp. 515 a 533.

<sup>395</sup> CARDONA RUBERT, M.B., “Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición”, en la obra colectiva coordinada por, Martínez Martínez, R., *Protección de datos: Comentarios a la LOPD y su reglamento de desarrollo*, editorial Tirant lo Blanch, 2009, pp. 201 a 217.

- El *derecho de acceso*<sup>396</sup>. Regulado en el artículo 15 LOPD, que establecía que el interesado tendría derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. Además, dicha información podría obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, certificado o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

- El *derecho de rectificación o cancelación*<sup>397</sup>. Regulados en el artículo 16 LOPD, establecía que el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días, debiendo ser rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajustara a lo dispuesto en su articulado y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

Además, debe destacarse también sobre el ejercicio de los citados derechos, que si los datos rectificados o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

---

<sup>396</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., “El derecho de acceso a la información en materia de protección de datos personales a la luz de la doctrina española”, en *Revista Derecom*, número 15, 2013, pp. 110 a 121 y, GARCÍA MACHO, R.J., “Derecho de acceso a la información y protección de datos en la sociedad de la información”, obra colectiva coordinada por Agirreazkuenaga Zigorraga, I., *Derechos fundamentales y otros estudios: En homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, editorial Justicia de Aragón, 2008, pp. 989 a 1002.

<sup>397</sup> SERRANO PÉREZ, M.M., “Los derechos de rectificación y cancelación. Título III. Derecho de las Personas. Artículo 16 y 17”, en la obra colectiva coordinada por Troncoso Reigada, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, editorial Cívitas, 2010, pp. 1219 a 1240.

- El *derecho de oposición*<sup>398</sup>. Este derecho no venía desarrollado en la *Ley Orgánica 15/1999*, sino que fue su reglamento de desarrollo del año 2007, quien explicó el contenido esencial del mismo, concretamente en su artículo 34. Así, este equivalía al derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cesara en el mismo en los siguientes supuestos: a) cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento; b) cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial y; c) cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

Sin embargo, adquiriría más relevancia para el objeto de la presente investigación, el conocido como derecho a indemnización, regulado en el artículo 19 LOPD: “los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”. Es importante destacar, que este precepto, es considerado como el fundamento de la responsabilidad civil<sup>399</sup> derivada de incorrectos tratamientos de datos personales, resultando imprescindible realizar una serie de precisiones sobre el mismo, tarea que se llevará a cabo en el análisis de la actual normativa de protección de datos comunitaria y española, al objeto de conseguir una organización más armónica del contenido expuesto.

---

<sup>398</sup> Obsérvese, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Derecho de oposición: Título II. Principios de la Protección de Datos”, en la obra colectiva *Ley Orgánica de Protección*, *cit.*, 2010, pp. 494 a 502.

<sup>399</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 29, 2015, página 80: “La diversa naturaleza de las vulneraciones del derecho a la protección de datos puede dar como resultado en ocasiones no solo la imposición de sanciones administrativas al responsable del tratamiento, sino que también pueden ser originadoras de responsabilidad civil”.

## IV. LA RECIENTE REGULACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

### A) El Reglamento de Protección de Datos europeo y su incidencia en la actual regulación nacional del derecho fundamental a la protección de datos personales

En el presente capítulo se comenzó exponiendo en primer lugar, los avances de las nuevas tecnologías, facilitadoras en la actualidad de la vida diaria del ser humano, pero a cambio, con un importante y en ocasiones oculto, efecto intrusivo en la privacidad del individuo. Así, era evidente, que tanto la Directiva comunitaria 95/46, como la LOPD española del año 1999, iban a resultar obsoletas para hacer frente a los avances que la Revolución Informática ha producido en el mundo<sup>400</sup>, sobre todo, como se ha expuesto, en una sociedad donde el, “dato personal se ha convertido en la unidad básica de la sociedad de la información, y por tanto cualquier organización se encuentra en la necesidad de recolectar datos de carácter personal como forma de maximizar sus beneficios”<sup>401</sup>.

Conviene empezar haciendo referencia a la norma que derogó a la tan importante Directiva comunitaria 96/46, ya que la norma española reguladora del derecho a la protección de datos, viene a ser una adaptación de aquella, aunque con alguna modificación. Se trata del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (RGPD) y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”, obra colectiva Aparicio Vaquero, J.P., Batuecas Caletrío, A., *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, editorial Comares, Granada, 2015, p. 137.

<sup>401</sup> SANTAMARÍA RAMOS, F.J., *El encargado independiente. Figura clave para un nuevo Derecho de protección de datos*, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2011, p. 512 y siguientes.

<sup>402</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, «DOUE» núm. 119, de 4/5/2016.

Resulta interesante hacer una referencia al movimiento legislativo que acabó promulgando el *Reglamento General de Protección de Datos*, ya que el mismo acredita el impacto que ha generado su promulgación en la regulación del citado derecho autónomo<sup>403</sup>. Así, en primer lugar, el 7 de marzo del año 2007 se debe destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo sobre el seguimiento del programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva de protección de datos<sup>404</sup>, donde la Comisión Europea consideró en ese año, el 2007, que la Directiva comunitaria 95/46, era constitutiva de un marco válido para la protección de los datos personales de los europeos<sup>405</sup>, criterio que cambiaría tan solo tres años después<sup>406</sup>.

En efecto, en el año 2010, acaece un nuevo informe de la Comisión Europea sobre el análisis del marco jurídico del derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>407</sup> que aconseja la formulación de un nuevo marco jurídico, para hacer frente a los problemas de las nuevas tecnologías<sup>408</sup> estableciendo, además, una serie de retos que debían ser

---

<sup>403</sup> RALLO LOMBARTE, A., y GARCÍA MAHAMUT, R., *Hacia un nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 30 y siguientes.

<sup>404</sup> Comunicación de la comisión al parlamento europeo y el consejo sobre el seguimiento del programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva de protección de datos, COM (2007) 87 final, Bruselas, 7 de marzo de 2007. Disponible en el siguiente enlace web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0087&from=ES>, (consultado el 20 de enero de 2019).

<sup>405</sup> En palabras de la comisión en su comunicación referenciada en la cita anterior: “La Comisión considera que la Directiva establece un marco jurídico general que resulta apropiado en lo fundamental y tecnológicamente neutro. El grupo armonizado de normas que garantizaba un alto nivel de protección para los datos personales en la UE ha reportado considerables beneficios a los ciudadanos, a las empresas y a las autoridades. Protege a las personas físicas contra la vigilancia general o la discriminación indebida sobre la base de la información que otros poseen de ellos. La confianza de los consumidores en que no se utilizarán mal los detalles personales que proporcionan en sus transacciones es una condición para el desarrollo del comercio electrónico. Las empresas funcionan y las administraciones cooperan en toda la Comunidad sin temor a que se interrumpan sus actividades internacionales porque los datos personales que necesitan intercambiar no están protegidos en el origen o en el destino”.

<sup>406</sup> GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M., *La Sociedad de la información en Europa*, editorial Reus, Madrid, 2018, p. 65 y siguientes.

<sup>407</sup> Comunicación de la Comisión al parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones, titulado Un enfoque global de la protección de los datos personales de la Unión Europea, COM (2010), Bruselas, 4.11.2010, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0609>, (consultado el 21 de enero de 2019).

<sup>408</sup> En palabras de la comisión en su Comunicación de 4 noviembre de 2011: “La tecnología permite a los ciudadanos intercambiar fácilmente información con respecto a sus comportamientos y sus preferencias, y hacerla pública a nivel mundial a una escala sin precedentes. Las redes sociales, con centenares de millones de miembros en todo el mundo, constituyen seguramente el ejemplo más evidente de este fenómeno, sin ser el único. La computación en nube, esto es, informática basada en internet en la que los



resueltos por la nueva norma, a saber: 1) el reforzamiento de los derechos de los ciudadanos; 2) abordar la regulación del mercado interior de datos personales; 3) profundizar en los límites del tratamiento de datos personales en los asuntos de cooperación judicial y penal y 4) considerar en su sentido global, la trascendencia del Derecho fundamental a la protección de datos<sup>409</sup>.

La situación a partir del año 2010 devino insostenible, creándose la necesidad de creación de un marco jurídico nuevo, “consecuencia de los profundos cambios que han experimentado las tecnologías de la información y la comunicación en los últimos años, que ha supuesto un incremento sin precedentes del intercambio de datos a gran escala, lo que obliga a dar respuesta a los riesgos significativos existentes en la era de Internet”<sup>410</sup>. Así, el 25 de enero del año 2012, la Comisión Europea presentó la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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, propuesta que acabaría en el año 2016, tras cuatro años de debate y reformas, con el actual *Reglamento General de Protección de Datos*.

La citada propuesta, realizada para hacer frente al reto que suponían las nuevas tecnologías en la privacidad del individuo, como ya se ha expuesto, también partió de la exposición de las divergencias existentes en el territorio de la Unión, como consecuencia de la deficiente transposición de la Directiva comunitaria 95/46, y de las diferentes

---

programas, los recursos compartidos y la información se encuentran en servidores remotos, también podría plantear retos para la protección de datos, dado que puede implicar la pérdida del control por parte de los individuos de su información potencialmente sensible cuando almacenan sus datos utilizando programas alojados en servidores ajenos (...) las consideraciones anteriores plantean inevitablemente la cuestión de si la legislación de la Unión Europea en materia de protección de datos es capaz de hacer frente plena y eficazmente a estos retos”.

<sup>409</sup> FERNÁNDEZ CONTE, J., y LEÓN BURGOS, D., “Antecedente y proceso de reforma sobre protección de datos en la Unión Europea”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*, pp. 40 ss.

<sup>410</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales”, en *Revista Española de Derechos Europeo*, número 43, 2012, p. 37.

interpretaciones que habían realizado los estados miembros en sus normativas nacionales<sup>411</sup>. En este sentido, la propuesta constituía “un marco jurídico coherente y homogéneo de protección de datos que suprime las incongruencias entre los Estados miembros, reduce el margen de elección tanto de los legisladores nacionales como de las autoridades de control y facilita una política más integradora en la Unión Europea en este ámbito”<sup>412</sup>.

Una vez descritos los antecedentes del actual *Reglamento General de Protección de Datos*, procede hacer referencia a sus aspectos claves, y uno de ellos, orbita en torno a la propia naturaleza jurídica del instrumento legislativo, es decir, a su forma de *reglamento*. El Considerando número 10 del *Reglamento*, hace mención expresa a la necesidad de uniformizar la regulación jurídica del derecho fundamental en la Unión, estableciendo el mismo que: “para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea”.

También destaca el Considerando número 13, que menciona expresamente la naturaleza jurídica del mismo, al considerar que: “para garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la

---

<sup>411</sup> REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M., *Manual de protección de datos*, editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 295 y siguientes.

<sup>412</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 15, 2012, p. 62.

libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, es necesario un reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia”.

La importancia del uso del forma del reglamento, radica en su alcance general<sup>413</sup>, mientras que la directiva solo establece una obligación de resultados, pero precisa de un instrumento de transposición por parte de los estados miembros, de suerte tal que si los estados miembros no realizaran leyes nacionales adaptando las disposiciones del reglamento, este seguiría teniendo eficacia directa y por tanto sujeto de invocación ante los Tribunales, mientras que a priori, eso no ocurre con una directiva<sup>414</sup>.

La afirmación anterior, antes de dar por finalizada la mención a la naturaleza jurídica del reglamento requiere de una precisión, que surge de la contestación a la siguiente pregunta, ¿si el legislador comunitario hubiera escogido otra directiva para reformar el sistema del derecho a la protección de datos, y un Estado no la traspone o lo realiza de forma inadecuada<sup>415</sup>, dicho instrumento no puede ser invocado directamente ante los Tribunales? Pues bien, en estos supuestos, la STJUE 4 de diciembre de 1974, el conocido asunto *Van Duyn*, reconoció el denominado “efecto directo vertical” de las directivas, el

---

<sup>413</sup> Artículo 288 TFUE: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.

<sup>414</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “La singular naturaleza jurídica del reglamento general de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*, p. 24 y siguientes.

<sup>415</sup> Obsérvese al respecto, GONZÁLEZ ALONSO, L., “Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las Directivas (Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de Diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 1, número 2, 1998, pp. 243 a 259.

cual permite a un ciudadano o empresa particular invocarla frente a un Estado, pero no frente a otro particular en una relación entre particulares<sup>416</sup>.

Una vez realizadas las oportunas referencias a los actos preparativos del *Reglamento General de Protección de Datos* y a su naturaleza jurídica, es necesario, profundizar en algunos de los aspectos claves de su regulación<sup>417</sup>, sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de cada uno de sus articulados, ya que el objetivo de la presente tesis doctoral es analizar el régimen de responsabilidad civil derivado de un incorrecto tratamiento de datos personales, del que después se describirán sus pilares básicos, y no la regulación completa del citado derecho fundamental.

En primer lugar, se debe subrayar que el *Reglamento General de Protección de Datos* nació con una *vacatio legis* de dos años, de suerte tal que, a pesar de estar en vigor desde el año 2016, el mismo no resultó de aplicación para todos los Estados miembros, hasta el 25 de mayo del año 2018<sup>418</sup>, como indica su artículo 94.

Además, destaca la existencia de 173 Considerandos en el *Reglamento General de Protección de Datos*, alguno de los cuales muestra claramente el objetivo del mismo, así el número 6, establece que: “La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando

---

<sup>416</sup> GONZÁLEZ-ORÚS, J.M., “La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las Directivas: Aplicación al caso español”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 3, número 6, 1999, p. 467 y siguientes.

<sup>417</sup> El Supervisor Europeo de Protección de Datos, ha considerado que el RGPD, constituye el esfuerzo más importante del legislador europeo, en aras de proteger la privacidad del individuo en la conocida como era digital. Véase, el dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos de 24 de mayo de 2017, sobre la propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, disponible en: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-05-24\\_opinion\\_regulation45.2001\\_ex\\_summ\\_es\\_0.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-05-24_opinion_regulation45.2001_ex_summ_es_0.pdf), (consultado el 22 de enero de 2019).

<sup>418</sup> MARTOS DÍAZ, N., “Se acerca el 25 de mayo de 2018. ¿Está su empresa adaptada al nuevo Reglamento de Protección de Datos?”, en *Diario La Ley*, número 9081, 2017, p. 2 y siguientes.

al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales”. En función de lo anterior, parece evidente que el *objeto* del *Reglamento General de Protección de Datos*, es doble, la regulación homogénea del mercado de datos dentro de la Unión Europea y, como no, aumentar el nivel de protección de los ciudadanos, instaurando nuevas garantías y salvaguardias del derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>419</sup>.

En relación al *ámbito de aplicación territorial* del *Reglamento General de Protección de Datos*, se produce en relación a la normativa comunitaria anterior un importante avance, ya que el mismo, resulta de aplicación a los tratamientos de datos que se realicen en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no<sup>420</sup>. Recuérdese, la STJUE *Weltimmo* ya explicada en el presente trabajo, donde el Tribunal de Justicia de la Unión tuvo que aplicar un concepto flexible del término establecimiento, para aplicar el Derecho de la Unión, al igual que ocurrirá en el caso *Google vs. AEPD* que se analizará con detalle posteriormente. Pues bien, el *Reglamento* aumenta así su ámbito de aplicación, sobre el criterio del establecimiento<sup>421</sup>, provocando una situación de

---

<sup>419</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., “Objeto del Reglamento”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*, p. 53 y siguientes.

<sup>420</sup> Véase, artículo 3 RGPD: “Ámbito territorial: 1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. 2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. 3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público”.

<sup>421</sup> Además, el artículo 4. 16) RGPD delimita el concepto de establecimiento principal: “a) En lo que se refiere a un responsable del tratamiento con establecimientos en más de un Estado miembro, el lugar de su administración central en la Unión, salvo que las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se tomen en otro establecimiento del responsable en la Unión y este último establecimiento tenga el poder de hacer aplicar tales decisiones, en cuyo caso el establecimiento que haya adoptado tales decisiones se considerará establecimiento principal; b) en lo que se refiere a un encargado del tratamiento con establecimientos en más de un Estado miembro, el lugar de su administración central en la Unión o, si careciera de esta, el establecimiento del encargado en la Unión en el que se realicen las principales actividades de tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del encargado”.

extraterritorialidad favorable en la protección del derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos de la Unión<sup>422</sup>.

Debido al fenómeno de la globalización y la deslocalización, es posible que el tratamiento de datos de un ciudadano de la Unión sea realizado por una entidad sin establecimiento principal en la Unión, y si no se aplicara el Derecho europeo, dicho ciudadano quedaría privado del sistema de protección instaurado por el *Reglamento*<sup>423</sup>, por tanto en la actualidad, “las sociedades establecidas fuera de la UE pero que actúan en su territorio tendrán que aplicar las mismas reglas cuando ofrezcan bienes y servicios en el mercado comunitario. Se crea un campo de juego nivelado, que garantiza tanto la libre circulación de datos en la UE como la garantía homogénea del derecho de los ciudadanos de la Unión a la protección de sus datos personales”<sup>424</sup>.

Dos conceptos claves, insertos en el artículo 4 RGPD, deben ser destacados en el análisis de la presente regulación. En primer lugar, el de dato personal<sup>425</sup>, considerándose al mismo como: “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” y, en segundo lugar, el

---

<sup>422</sup> GONZALO DOMENECH, J.J., “La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE”, en *Revista Lex Mercatoria*, número 6, 2017, p. 38 y siguientes.

<sup>423</sup> KUNER, C., “The European Union and the Search for an International Data Protection Framework”, en *Groningen Journal of International Law*, volumen 2, número 1, 2015, p. 61 y siguientes.

<sup>424</sup> RIPOL CORULLA, S., “Aplicación territorial del Reglamento”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*, p. 90.

<sup>425</sup> Para profundizar sobre la actual regulación del citado concepto, obsérvese la obra de, CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., “El concepto de dato personal en la Unión Europea: Una pieza clave en su protección”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 46, 2018, p. 35 y siguientes.

concepto de tratamiento de datos<sup>426</sup>, entendiéndose el mismo como, “: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

Debe destacarse que el concepto de datos personal no viene determinado por un sistema de *numerus clausus*, sino que el mismo debe entenderse como dinámico y adaptable a las nuevas realidades. De hecho, aunque no se menciona a la voz como datos personal, dicho elemento ha sido considerado como tal muy recientemente por la sentencia de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020, donde se exige el consentimiento del afectado como base legitimadora del tratamiento de la voz.

En relación a los principios en el tratamiento de datos personales, se incluye el *principio de transparencia*, exigiendo que su artículo 5 que los datos deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado y, además, la preocupación por el aumento de la transparencia en el legislador comunitario, también se observa al configurar la misma como un derecho de los ciudadanos en su artículo 12, exigiendo que la información en relación al tratamiento de sus datos personales, debe ser

---

<sup>426</sup> Sobre el significado actual del concepto, entre otras, obsérvese la obra de, PALMA ORTIGOSA, A., “Principios relativos al tratamiento de datos personales”, en la obra colectiva coordinada por Murga Fernández, J.P., *Protección de datos, responsabilidad activas técnicas de garantía*, editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 39 a 49.

puesta a disposición de los ciudadanos de manera accesible y fácil de entender, utilizando un lenguaje claro y sencillo<sup>427</sup>.

Otro aspecto a destacar es el relativo al *consentimiento* del afectado por el tratamiento de datos personales<sup>428</sup>, donde se incluyen dos aspectos con importantes trascendencias. En efecto, en primer lugar, se elimina la posibilidad de otorgar un consentimiento tácito, como ocurría en la anterior normativa comunitaria<sup>429</sup>, definiendo el mismo el *Reglamento* en su artículo 4.11) como: “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. En segundo lugar, en relación con el consentimiento de los menores de edad, el artículo 8 RGPD, establece que la edad mínima para consentir será de 16 años, pero el citado precepto, otorga libertad a los Estados miembros a modificar dicha edad, siempre que en ningún caso sea inferior a 13 años<sup>430</sup>.

El *Reglamento General de Protección de Datos* exige además un consentimiento más reforzado para el tratamiento de datos personales, incluidos los inmersos en la categoría de especial, entre los que se encuentran, según su artículo 9, los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la

---

<sup>427</sup> CUEVAS ROQUE, E., “La transparencia en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos”, en *Revista Anales de la Real Academia de Doctores*, volumen 3, número 1, 2018, p. 65 y siguientes.

<sup>428</sup> Obsérvese, MARTÍNEZ-ROJAS, A., “Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 42, 2016, pp. 59 a 82.

<sup>429</sup> Considerando 32 RGPD: “El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento”.

<sup>430</sup> BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018, pp. 4 ss.



afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física<sup>431</sup>, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

En relación al *catálogo de derechos*, ha de decirse que la regulación actual suprime los conocidos “derechos ARCO”, ya que incorpora una serie de derechos nuevos<sup>432</sup>, que impiden que se pueda seguir utilizando la citada denominación. Se ha producido un, “refuerzo de los derechos de los interesados en el *Reglamento*, que se traduce asimismo en un fortalecimiento de las obligaciones del responsable del tratamiento, en lo que respecta a la información que deben suministrar las empresas responsables del tratamiento a los interesados sobre los derechos de los que disponen, así como obligaciones derivadas de los nuevos principios de privacidad desde el diseño y por defecto”<sup>433</sup>. En concreto ahora a los tradicionales derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, se ha añadido el derecho de supresión<sup>434</sup>, el derecho limitación<sup>435</sup>

---

<sup>431</sup> La inclusión de los datos biométricos en la citada categoría constituye una novedad del RGPD. Sobre los mismos, obsérvese, entre otras, la obra de SUAREZ BARRERA, E.M., “Protección de datos biométricos en Europa, el estado de la cuestión en torno a su naturaleza”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 42, 2016, pp. 235 a 260 y, GIL MEMBRADO, C., “Investigación biomédica y datos personales. Una visión crítica del nuevo régimen jurídico”, en *Revista Actualidad Civil*, nº 5, 2018, pp. 1-23.

<sup>432</sup> Sobre los mismos, entre otras, obsérvese, ARIAS POU, M., y RECIO GAYO, M., “Derechos de los interesados en el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, número 4, 2016, pp. 87 a 126 y, RECIO GAYO, M., “Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones”, en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018, pp. 1 a 25.

<sup>433</sup> ÁLVAREZ CARO, M., “El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, cit., p. 228.

<sup>434</sup> Importante novedad del RGPD, donde recoge jurídicamente la figura del conocido derecho al olvido. Será analizada en profundidad en el capítulo tercero de la presente obra.

<sup>435</sup> Artículo 18 RGPD: “1. El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: a) el interesado impugne la exactitud de los datos personales, durante un plazo que permita al responsable verificar la exactitud de los mismos; b) el tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a la supresión de los datos personales y solicite en su lugar la limitación de su uso; c) el responsable ya no necesite los datos personales para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesite para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; d) el interesado se haya opuesto al tratamiento en virtud del artículo 21, apartado 1, mientras se verifica si los motivos legítimos del responsable prevalecen sobre los del interesado. 2. Cuando el tratamiento de datos personales se haya limitado en virtud del apartado 1, dichos datos solo podrán ser objeto de tratamiento, con excepción de su conservación, con el consentimiento del interesado o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o por razones de interés público importante de la Unión o de un determinado Estado miembro. 3. Todo interesado que haya obtenido la limitación del tratamiento con arreglo al apartado 1 será informado por el responsable antes del levantamiento de dicha limitación”.

y el derecho de portabilidad<sup>436</sup>, dando lugar a los ya bautizados como “derechos ARSLPO”.

Otra de las grandes novedades del *Reglamento* ha sido la inclusión del principio de responsabilidad activa, o *accountability*, que al obliga al responsable del tratamiento de datos a estar en condiciones de demostrar, en cualquier momento, que cumple con la norma de protección de datos, como se infiere del artículo 28.1 RGPD, cuestión que, deslumbrando que con el nuevo régimen, “no incumplir ya no será insuficiente”<sup>437</sup>. Además de lo anterior, otro principio que impera en todo el articulado es el de la “privacidad del diseño”, o *Privacy by design*, que obliga a los responsables del tratamiento de datos personales a restringir por defecto, al máximo, la privacidad de sus usuarios, siendo estos los que deban consentir compartir más datos para otros fines.

La obligación de crea la figura del *delegado de protección de datos personales*, es otro punto relevante a destacar, siendo obligatorio para todas las entidades públicas, excepto para juzgados y tribunales, y para aquellas empresas privadas que traten datos a gran escala, o traten categorías especiales de datos personales, en virtud de lo establecido en el artículo 37 RGPD. Al respecto, se afirma que “es la persona encargada de informar a

---

<sup>436</sup> El mismo constituye un importante avance que permite mejorar el control de los datos personales de los ciudadanos, herramienta que a nuestro juicio puede ser de gran utilidad práctica. Sobre el mismo, véase, HERRÁN ORTIZ, A., “Aproximación al Derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de Protección de Datos a debate”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, número 8, 2016, p. 190 y siguientes. Se encuentre regulado en el artículo 20 RGPD: 1. El interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados. 2. Al ejercer su derecho a la portabilidad de los datos de acuerdo con el apartado 1, el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible. 3. El ejercicio del derecho mencionado en el apartado 1 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del artículo 17. Tal derecho no se aplicará al tratamiento que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. 4. El derecho mencionado en el apartado 1 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros”.

<sup>437</sup> BIURRUM ABAD, F.J., “Accountability o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 927, 2017, p. 1.

la entidad responsable o al encargado del tratamiento sobre sus obligaciones legales en materia de protección de datos, así, como de velar o supervisar el cumplimiento normativo al respecto, y de cooperar con la autoridad de control y actuar como punto de contacto entre ésta y la entidad responsables del tratamiento de datos”<sup>438</sup>.

Introduce el *Reglamento General de Protección de Datos*, como importante novedad, la notificación de las conocidas como *brechas de seguridad*. En efecto, su artículo 33 impone la obligación al responsable del tratamiento de datos de comunicarlas a las agencias independientes de control, en un plazo de 72 horas, con la única excepción de que resultara improbable que como consecuencia de dicha brecha, se hubiera producido un riesgo para los derechos y libertades de las persona físicas, o en lengua inglesa, que refleja todavía más la importancia de la citada obligación, “*unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of natural persons*”<sup>439</sup>,

Además, el artículo 34 RGPD impone también la obligación de que dicha comunicación se realice al interesado, mediante el uso de un lenguaje claro y sencillo, donde como mínimo se deberá indicar: a) la naturaleza de la violación de la seguridad; b) el nombre y datos de contacto del delegado de protección de datos o la persona encargada; c) una descripción de las consecuencias de la violación de seguridad en los datos personales del usuarios y; d) las medidas realizadas para reprimir dicha situación. No se precisa tal comunicación al interesado, cuando el responsable del tratamiento hubiera adoptado medidas técnicas que permitan proteger los datos personales ante dichas brechas

---

<sup>438</sup>ÁLVAREZ HERNANDO, J., “El Reglamento Europeo y la futura Ley General de Protección de datos: Sus principales novedades”, en *Revista Aranzadi Digital*, número 1, 2017, p. 6.

<sup>439</sup>DALY, A., “The introduction of data breach notification legislation in Australia: A comparative view”, en *Computer Law and Security Review*, número 34, 2018, p. 484. Traducción propia del inglés: es poco probable que genere un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.

de seguridad, o fuera desproporcionado comunicarse uno a uno con todos los usuarios, bastando entonces realizar una comunicación de carácter pública<sup>440</sup>.

Sabido es ya, a estas alturas, que el *Reglamento General de Protección de Datos*, cambió por completo la regulación del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal, por o que se hizo necesario, en España -como en otros países-, la reforma de la *Ley Orgánica de Protección de datos* de 1999, ya que en algunos aspectos las normas nacionales pueden matizar alguna de las estipulaciones contenidas en el *Reglamento*<sup>441</sup>. En este sentido, se ha señalado que en “la práctica pueden exigir otras normas internas complementarias para hacer plenamente efectiva su aplicación en el ámbito propio de los Estados nacionales. Así, la nueva *Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal* tiene que hacer frente a los retos que le demanda su referente comunitario con preceptos que complementen, restrinjan o aclaren los correspondientes de la norma comunitaria”<sup>442</sup>.

Por tanto, el legislador español, empezó a plantearse, a pesar de esa eficacia directa del *Reglamento General de Protección de Datos*, la necesidad de reformar la citada Ley Orgánica de 1999, y su Reglamento de desarrollo de 2007, para evitar contradicciones legislativas, sabiendo que Alemania ya la había promulgado el 27 de abril de 2017, o Italia el 27 de noviembre de 2017. Como se adelantó, el 25 de mayo de 2018 entró plenamente en vigor el *Reglamento General de Protección de Datos*, y España aun no había aprobado su ley propia nacional adaptada al mismo, por lo que se vio obligada a

---

<sup>440</sup> Para profundizar en la regulación de las brechas de seguridad en el RGPD, obsérvese, NIEUWESTEEG, B., y FAURE, M., “An analysis of the effectiveness of the EU data breach notification obligation”, en *Computer Law and Security Review*, número 34, 2018, pp. 1232 a 1246.

<sup>441</sup> Véase, Considerando 8 RGPD: “En los casos en que el presente Reglamento establece que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, pueden incorporar a su Derecho nacional elementos del presente Reglamento”.

<sup>442</sup> RUBIO TORRANO, E., “Del Reglamento Europeo a la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, en *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, número 6, 2018, p. 2.

dictar el *Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos*, adaptando el régimen jurídico al previsto en la norma comunitaria<sup>443</sup>.

El principal problema de la falta de regulación nacional, residía en la coexistencia de dos normas vigentes que se contradecían en diferentes aspectos. Así, el propio *Real Decreto-ley 5/2018*, consideraba expresamente desplazados los preceptos nacionales que contradijeran al *Reglamento General de Protección de Datos*. Así: “la plena aplicación del Reglamento General de Protección de Datos implica que hayan de considerarse desplazadas por él aquellas disposiciones de Derecho interno que no resulten conformes con el régimen que el mismo establece. Así sucedería con muchos de los preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre”.

Sería a finales del año 2018, cuando se promulgaría, al fin, la norma nacional recogiendo las previsiones del Reglamento comunitario, siendo, en efecto, la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*<sup>444</sup> (LPD). El objeto de la misma viene establecido en su artículo primero, estableciendo un objetivo doble: a) adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones y,

---

<sup>443</sup> Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, «BOE» núm. 183, de 30 de julio de 2018.

<sup>444</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, «BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

b) garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución.

Conviene recordar, como ya se ha expresado, que el objeto del presente trabajo no reside en un análisis en profundidad de la regulación del derecho fundamental a la protección de datos, máxime cuando se han expuesto anteriormente los principales aspectos del *Reglamento General de Protección de Datos*, en el que se inspira la citada Ley Orgánica, pero aun así, se deben hacer mención aquí a sus más importantes aspectos.

Merece singular atención la importancia que la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, atribuye al consentimiento de los menores de edad<sup>445</sup>. Así, si bien el artículo 8 RGPD establecía que la edad mínima para consentir el tratamiento de datos personales era de 16 años, dejando libertad a los Estados para modificarla, siempre que no se rebajara de los 13 años, el artículo 7 de la *Ley Orgánica 3/2018*, fija esta edad en los 14 años, incluso inicialmente se barajó seriamente que fueran los 13 años<sup>446</sup>, aunque como bien acierta la doctrina, “en los últimos tiempos se nos alerta sobre las consecuencias físicas reales relacionadas con el acceso temprano al entorno digital, y reduciendo aún más la edad de acceso a los datos y el entorno digital supone desproteger al menor, *desresponsabilizar* a su entorno y abrir la puerta a más problemas”<sup>447</sup>.

Otro aspecto importante acaece en la regulación de la *categoría especiales* de datos, donde el artículo 9 LPD, establece que: “a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento

---

<sup>445</sup> Existen 8 referencias a los “menores de edad” en la actual regulación, mientras que en la LOPD del año 1999 no existía ninguna. En cambio el RGPD utiliza el término “niño”, en concreto en 21 ocasiones.

<sup>446</sup> BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, en *Revista La Ley Derecho de familia*, número 14, 2017, p. 17 y siguientes.

<sup>447</sup> LAMBEA RUEDA, A., “Entorno digital, robótica y menores de edad”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 4, número 4, 2018, p. 198.

de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”. Sobre este precepto, aparte de destacar especialmente la ausencia del concepto “salud”<sup>448</sup>, y el hecho de reforzar las garantías en el tratamiento de estos datos sensibles, de ha escrito que demuestran que, “el interés principal de la LO 3/2018 no es solo configurar un tratamiento de datos acorde a la normativa comunitaria y al máximo respetuoso con el derecho a la intimidad, sino también aumentar la protección de una vertiente de este derecho fundamentalmente olvidado: el de la disponibilidad de cada persona sobre los datos personales que cede y que, no olvidemos, acaban definiendo su imagen pública”<sup>449</sup>.

La inclusión del título X de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, es muy relevante porque crea una serie de *derechos digitales*<sup>450</sup> de nuevo cuño, desconocidos en la legislación española. En particular, se abordan normativamente, los derechos y libertades predicables al entorno de Internet, la neutralidad de la Red, el acceso universal, los derechos a la seguridad y educación digital así como los derechos al olvido<sup>451</sup>, a la portabilidad y al testamento digital<sup>452</sup>. Ocupa un lugar relevante, también, el expreso reconocimiento del

---

<sup>448</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales?”, en *Diario La Ley*, número 24, p. 2: “La simple omisión del concepto salud por sí misma es una revolución en nuestro sistema”.

<sup>449</sup> SOLAR CALVO, P., “¿Es real que la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales, otorgue mayor seguridad jurídica?”, en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 948, 2019, p. 2.

<sup>450</sup> La importancia de estos derechos se encuentra recogida ya en el preámbulo de la Ley Orgánica: “Los constituyentes de 1978 ya intuyeron el enorme impacto que los avances tecnológicos provocarían en nuestra sociedad y, en particular, en el disfrute de los derechos fundamentales. Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales. Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”.

<sup>451</sup> Objeto de análisis detallado en el capítulo tercero de la presente tesis doctoral.

<sup>452</sup> Tratado por la doctrina más comúnmente como “herencia digital”, sin embargo el artículo 96 LPD, decide utilizar la expresión “testamento digital”. Sobre este asunto, obsérvese, entre otras, SANTOS MORÓN, M.J., “La denominada herencia digital. ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derechos Transnacional*, volumen 10, número 1, 2018, pp. 413 a 438 y, APARICIO VAQUERO, J.P., “El régimen mortis causa de los datos personales y de los contenidos de los

derecho a la desconexión digital<sup>453</sup> en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, no hay que olvidar las referencias legales a la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales<sup>454</sup>.

## **B) El régimen de responsabilidad civil derivado de incumplimientos en la normativa de protección de datos personales**

A partir de este momento, se expondrán las *consecuencias jurídico-civiles* que se pueden derivar de la realización de un incorrecto tratamiento de datos personales, acudiendo a los nuevos preceptos que se ocupan de esta materia. Según el artículo 1 LPD, el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el *Reglamento (UE) 2016/679* y en la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre*, de suerte tal que habrá que exponer que establecen al respecto, dichos instrumentos, aunque también se debe realizar alguna precisión sobre la importante y trascendental regulación de la Ley Orgánica española de 1999.

Es ahora momento de exponer las consecuencias que se derivan de posibles violaciones de estos deberes, es decir, en la práctica, violaciones del derecho fundamental a la protección de datos personales. Piénsese por ejemplo, de cara al objeto del presente trabajo, ¿qué ocurrirá cuando un motor de búsqueda almacene información sobre un

---

usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información”, en la obra colectiva coordinada por el Batuecas Caletrío, A., *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, editorial Comares, Granada, 2018, pp. 171 a 219.

<sup>453</sup> El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral regulado en el artículo 88, constituye una de las grandes novedades de la LPD. Sobre el mismo, obsérvese, TALÉNS VISCONTI, E.E., “La desconexión digital en el ámbito laboral. Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, en *Revista de información laboral*, número 4, 2018, pp. 193 a 208.

<sup>454</sup> Un interesante análisis de este título décimo se encuentra en la obra de, GONZÁLEZ TAPIA, M.L., “Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018”, en *Diario La Ley*, número 9328, 2018, pp. 1 a 6.



determinado individuo que aun siendo correcta, se trate de información del pasado cuyo conocimiento por terceros puede originar un daño al individuo, resultando además accesible por cualquier persona simplemente realizando un clic o tecleando unas pocas letras?, o en similar contexto, ¿qué sucederá cuando una red social no cumpla con el deber o principio de seguridad de los datos y un tercero acceda indebidamente a los mismos?

Ambos son supuestos donde dos prestadores de servicios de la sociedad de la información como son, los motores de búsqueda y las redes sociales pueden con sus actuaciones, en no pocas ocasiones, violar el derecho fundamental a la protección de datos personales de los individuos, pudiendo ocasionar un daño, muchas veces grave, a algún individuo. Pues bien, en estos casos, y dejando al margen otros tipos de responsabilidad, como la administrativa o penal, sino desde una óptica netamente civil, se generará una *responsabilidad civil*<sup>455</sup>, garantizando este aspecto, una mayor protección y garantía del citado derecho, de suerte tal que “la legislación española surgida con la intención de afianzar este derecho ha gozado desde el principio de un perfil notablemente garantista y, no ha eludido las exigencias de responsabilidad civil cuando se producen vulneraciones de derechos de los afectados”<sup>456</sup>.

El artículo 23 de la derogada *Directiva 95/46*, ya establecía que el responsable del tratamiento está obligado a reparar el daño sufrido, a no ser que demostrara que el hecho dañoso no había sido provocado por su culpa<sup>457</sup>. En España, esta responsabilidad civil aparecía regulada tradicionalmente en el artículo 19 LOPD del año 1999, donde se

---

<sup>455</sup> CROVI, L.D., “Los daños ocasionados por el uso indebido de datos personales en internet”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, número 11, 2008, p.17 y siguientes.

<sup>456</sup> RALLO LOMBARTE, A., “La protección de datos en España. Análisis de actualidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, número 2, 2009, p. 30.

<sup>457</sup> GRIMALT SERVERA “La responsabilidad civil del responsable del fichero en la directiva europea sobre datos personales”, en *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, número 141,1999, p. 43 y siguientes.

establecía que: “1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”<sup>458</sup>.

El *Reglamento General de Protección de Datos Personales* de 27 de abril de 2016, también ha regulado ampliamente el derecho a obtener una reparación económica en caso de violaciones del citado derecho fundamental<sup>459</sup>. Debe exponerse, separadamente el contenido del artículo 82 RGPD, que regula el derecho a la indemnización, el cual, constituye la base actual del sistema de responsabilidad civil frente a violaciones del derecho fundamental a la protección de datos personales en la legislación comunitaria y, por ende, española, ya que la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de*

---

<sup>458</sup> Un análisis importante de este sistema de responsabilidad aparece en la obra de GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999.

<sup>459</sup> Ya en su considerando 146, el RGPD, muestra su preocupación por la cuestión: “El responsable o el encargado del tratamiento debe indemnizar cualesquiera daños y perjuicios que pueda sufrir una persona como consecuencia de un tratamiento en infracción del presente Reglamento. El responsable o el encargado deben quedar exentos de responsabilidad si se demuestra que en modo alguno son responsables de los daños y perjuicios. El concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del presente Reglamento. Lo anterior 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 los Estados miembros. Un tratamiento en infracción del presente Reglamento también incluye aquel tratamiento que infringe actos delegados y de ejecución adoptados de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho de los Estados miembros que especifique las normas del presente Reglamento. Los interesados deben recibir una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos. Si los responsables o encargados participan en el mismo tratamiento, cada responsable o encargado debe ser considerado responsable de la totalidad de los daños y perjuicios. No obstante, si se acumulan en la misma causa de conformidad con el Derecho de los Estados miembros, la indemnización puede prorratearse en función de la responsabilidad de cada responsable o encargado por los daños y perjuicios causados por el tratamiento, siempre que se garantice la indemnización total y efectiva del interesado que sufrió los daños y perjuicios. Todo responsable o encargado que haya abonado la totalidad de la indemnización puede interponer recurso posteriormente contra otros responsables o encargados que hayan participado en el mismo tratamiento”.

*Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, no introduce ningún precepto sobre la cuestión, dejando esta materia al texto vigente del artículo 82 RGPD:

“1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable.

3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.

4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado.

5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la

indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, de conformidad con las condiciones fijadas en el apartado 2”.

Sobre este sistema de *responsabilidad civil* varios aspectos de trascendente importancia deben destacarse: en primer lugar, se origina por violaciones del artículo 18.4 CE, es decir, es independiente de las violaciones del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE), cuyo régimen de responsabilidad se regula en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*<sup>460</sup>, aunque en ocasiones se podrá fundamentar que, como consecuencia de la violación del derecho fundamental a la protección de datos, también se producen lesiones en otros derechos como el derecho al honor o a la intimidad personal.

En segundo lugar, y al contrario de lo que ocurre con el artículo 18.1 CE, no se establecen aquí supuestos de presunción del daño, sino que los mismos deben ser probados y, han de ser consecuencia de un acto u omisión del encargado del tratamiento de los datos personales, es decir, de la persona a quien se ceden esos datos<sup>461</sup>.

Sobre el anterior aspecto se deben destacar una serie de cuestiones en si mismas: a) la responsabilidad, con la nueva regulación, ya no es solo exclusiva del responsable del

---

<sup>460</sup> Como se expuso, la doctrina en los orígenes del derecho fundamental a la protección de datos era reacia al considerar al mismo como un instrumento autónomo, y siempre lo incardinaban dentro del resto de derechos de la personalidad. Por ejemplo, ROVIRA SUERO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, editorial Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 122 a 124.

<sup>461</sup> ABERASTURI GORRIÑO, U., “El derecho a la indemnización del artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 41-42, 2013, página 178 y 179. Véase también, HERRÁN ORTIZ, A.I., “La responsabilidad civil en el tratamiento de datos de carácter personal en el derecho español. A propósito del derecho a indemnización del artículo 19 de la LOPD”, en la obra colectiva coordinada por Prats Albentosa, L., *Culpa y Responsabilidad*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 489 a 515.

tratamiento, sino que este puede disponer de un encargado<sup>462</sup> que haya generado con su actuación, ese incumplimiento en la norma de protección de datos de personales, regulando el *Reglamento* un sistema de responsabilidad *solidaria* cuando el causante del daño sea el encargado en exclusiva<sup>463</sup>, pero *mancomunada* cuando el causante del incumplimiento sea en exclusiva el responsable del tratamiento. Además, cuando intervengan una pluralidad de responsables /o encargados y hayan intervenido todos en la causación del daño, en este caso la responsabilidad será siempre *solidaria*.

b) El sistema de responsabilidad civil que regula el artículo 82 RGPD, no crea verdaderamente ni un sistema objetivo puro, ni subjetivo<sup>464</sup> de responsabilidad, aunque si se establecen principios como el de la responsabilidad activa que demuestran que la actividad consistente en el tratamiento de datos personales entraña en si misma un riesgo, y que no cumplir con todas las disposiciones del *Reglamento*, puede constituir una infracción del Derecho fundamental a la protección de datos<sup>465</sup>. En realidad, a nuestro juicio, el modelo actual del sistema de la privacidad, donde impera ese principio de

---

<sup>462</sup> El concepto de encargado del tratamiento viene establecido en el artículo 4.8 RGPD: “La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

<sup>463</sup> Una crítica a esta cuestión, aparece en la obra de SCOLA, S., “El tratamiento de datos personales y el resarcimiento de daños. Desde la normativa europea hasta la solución adoptada en Italia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, número 7, 2015, p. 147: “Se prevé que una persona puede ser llamada a rendir cuentas del trabajo de otra persona, como consecuencia de la responsabilidad solidaria. Esto podría generar muchos problemas de aplicación, tanto para la asignación y coordinación de responsabilidades entre las personas implicadas, tanto para el posible problema de identificar las responsabilidades de cada uno, aunque sólo sea para determinar el derecho de regreso por lo que tuvo que pagar en su totalidad, el importe del resarcimiento”.

<sup>464</sup> Sorprende, la rotunda clasificación de subjetividad de la responsabilidad que regula el artículo 82 RGPD, que acaece en la obra de NIETO GARRIDO, E., “Derecho a indemnización y responsabilidad”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*, p. 561: “La regulación del RGPD del derecho de indemnización resulta acorde con la responsabilidad subjetiva, por dolo, culpa o negligencia que, rige en los sistemas jurídicos nacionales de nuestro entorno”. Se debe coincidir más con la opinión de VELASCO PERDIGONES, J.C., “Responsabilidad Civil y protección de datos de carácter personal”, en la obra colectiva coordinada por Bueno de Mata, F., *Fodertics 7.0: Estudios sobre Derecho Digital*, editorial Comares, Granada, 2019, página 196: “La norma de protección de datos no nos analiza cómo ha de ser dicho daño, si ha de intervenir culpa o negligencia o ha de existir un nexo causal, si estamos ante una responsabilidad objetiva o subjetiva, para desenmascarar tales cuestiones hemos de acudir al derecho de daños en general y a la jurisprudencia”.

<sup>465</sup> GELLERT, R.M., “Understanding data protection as risk regulation”, en *Journal of International Law*, volumen 18, número 3, 2015, p. 10 y siguientes.

responsabilidad activa, se encuentra basado en un sistema de imputación cuasi- objetivo de responsabilidad, que permitirá en determinadas ocasiones eximirse al responsable del tratamiento, es decir, y a modo de ejemplo<sup>466</sup>, cuando por causa de un ataque cibernético se produzca una filtración a los datos personales de los individuos que genere un daño, esa actuación tiene que provocar una responsabilidad civil por parte del responsable del tratamiento de datos por no haber adoptado las medidas suficientes para evitar dicha intromisión ilegítima, cuestión distinta será, que el responsable logre demostrar, pues se le reconoce tal derecho, que sí adoptó en ese caso en concreto las medidas oportunas para evitarlo<sup>467</sup>.

En último lugar, resulta pertinente destacar que en muchas ocasiones no existirá contrato entre la persona que realiza el tratamiento de esos datos y el perjudicado; piénsese por ejemplo en el caso de los motores de búsqueda (*Google*, etc.), pero sin embargo, en otros si lo existirá, como en las redes sociales<sup>468</sup>, por tanto, las violaciones del citado derecho pueden generar responsabilidad civil de carácter extracontractual o contractual, como se expondrá, con detalle, en los capítulos tercero y cuarto de la presente tesis doctoral.

---

<sup>466</sup> La adopción de las medidas técnicas para evitar la filtración de datos personales, es evidente, una obligación de resultados, al igual que ocurre con los preceptos que imponen proteger los derechos de los interesados, los conocidos como derechos ASRLPO. Misma opinión, VAN ALSENOY, B., “Liability under UE Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, n° 7, 2017, pp. 271 a 288.

<sup>467</sup> Opinión muy semejante comparte RUBÍ PUIG, A., “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen V, número 4, 2018, p. 66: “La mayoría de obligaciones requerirán de una valoración subjetiva acerca de si se han adoptado las medidas suficientes y adecuada, se han desarrollado esfuerzos razonables o, en definitiva, si se ha cumplido con el nivel de diligencia exigible en atención a los daños esperables de un tratamiento personal de datos (...) El hecho de que a la hora de examinar la infracción normativa se realice un juicio de imputación subjetiva, no elimina el carácter objetivo del régimen de responsabilidad que incumbe al encargado en este ámbito”.

<sup>468</sup> Como se expondrá posteriormente parece evidente que la relación que une al usuario de una red social y sus usuarios es contractual. Ya que se firman (mediante un clic aceptando las condiciones) una serie de cláusulas entre las partes y, ambas entregan una contraprestación, la red social en forma de facilitar y permitir la conexión e interacción y, el usuario entrega a cambio sus datos personales (incluso existen redes sociales de pago).



### **CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TITULARES LOS MOTORES DE BÚSQUEDA: EL DERECHO AL OLVIDO**

Hasta el momento se ha examinado el régimen jurídico de la responsabilidad civil de carácter genérico y, se han analizado los orígenes y fundamentos del derecho fundamental a la protección de datos, ya que, como se ha expuesto, las violaciones del mismo pueden originar un derecho a indemnización, es decir, una responsabilidad de carácter civil. Pues bien, en el presente capítulo, se analizarán los específicos supuestos de responsabilidad civil que pueden derivarse como consecuencia de incorrectos tratamientos de datos efectuados por los motores de búsqueda en Internet, existiendo una figura clave en este sentido, el ejercicio del denominado derecho al olvido.

#### **I. ¿QUÉ ES EL DERECHO AL OLVIDO?**

##### **A) Los motores de búsqueda en Internet: concepto y funcionamiento**

“Como me hueles a olvido...”<sup>469</sup>, así comienza una famosa canción que narra lo rápido que los seres humanos borran de su memoria a otras personas, sus besos o sus manías. El Diccionario de la *Real Academia Española* define el término olvido como la “cesación de la memoria que se tenía”. En efecto, todo ser humano es olvidadizo por naturaleza; además, tristemente, en ocasiones se enfrenta a terribles enfermedades que atacan directamente a la capacidad de recordar las cosas, como es el *Alzheimer* o la demencia senil. Sin embargo, nada de esto ocurre con las implacables nuevas tecnologías que jamás tienen un ataque voluntario de olvido, exponiendo algún autor al respecto que: “*for human being, forgetting is easy remembering is hard (...). Modern technology changes this*

---

<sup>469</sup> Texto de la canción “De Lobo a Cordero”, de José Luis Figuerero Franco (grupo musical EL BARRIO), canción que cuenta con algo más de diecinueve millones de visitas en <https://www.youtube.com/watch?v=Ry6gJlhjaQ> (visto el día 23 de junio de 2020).



*paradigm. With computers and electronic devices, remembering, rather than forgetting is increasingly the default*<sup>470</sup>.

Por tanto, en el mundo tecnológico del siglo XXI, tal vez se pudiera decir que el ciudadano medio “vive” en Internet, produciéndose una importante paradoja sobre el olvido, ya que, “en Internet, al contrario de lo que ocurre en los humanos, la memoria es la regla: el olvido la excepción”<sup>471</sup>. Algunos autores razonan la anterior paradoja partiendo de la explicación psicológica de la propia mente humana, que almacena recuerdos a corto y a largo plazo, mientras que las tecnologías actuales, basadas muchas de ellas en la inteligencia artificial, cuentan con sistemas creados por el hombre que impiden que desaparezca información de manera voluntaria<sup>472</sup>.

Bajo este contexto, el derecho al olvido es una figura jurídica que afecta a la memoria, en concreto a la “memoria digital”. Así, con anterioridad al momento de desarrollo tecnológico actual, la posibilidad de consulta de una información personal publicada por algún medio era bastante dificultosa pues requería el acceso a espacios físicos habilitados para tal finalidad, a veces en lugares muy lejanos, o desconocidos, pero con el desarrollo de Internet, las hemerotecas digitales y las bases de datos en “la nube”, se puede acceder a toda información publicada en la red sobre una persona tan solo introduciendo una sencilla serie de criterios de búsqueda mediante el uso de un clic o “intro”<sup>473</sup> y, como sugiere algún autor, “bajo la apariencia de gratuidad”<sup>474</sup>, a lo que quizás, habría que añadir

---

<sup>470</sup> COONLEY, C., “The right to delete”, en *AAII Spring Symposium*, 2010, p. 54.

<sup>471</sup> COBACHO LÓPEZ, Á., “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 104, 2019, p. 201.

<sup>472</sup> FOSCH VILLARONGA, E., KIESEBERG, P., y TIFFANY, L., “Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the right to be forgotten”, en *Computer Law and security review*, número 34, 2018, pp. 308 y 309.

<sup>473</sup> ALBA, A., “La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías, Internet y redes sociales”, en la obra colectiva coordinada por Cotino, L., *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, editada por el servicio de publicaciones de la Universitat de Valencia, Valencia, 2011, p. 487.

<sup>474</sup> GUICHOT, E., “Transparencia versus protección de datos”, en *Revista de Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*, 2012, p. 89.

el adjetivo “falsa” antes de gratuidad, dado que, en el fondo, nada resulta gratis en el divertido y oscuro mundo de Internet.

Además, el impacto de la información publicada era anteriormente mínimo, pues una noticia de prensa difícilmente podría ser consultada con posterioridad<sup>475</sup>, pero en la sociedad actual, la simple navegación por Internet, permite al usuario encontrar información casi sin querer, ya que en numerosas ocasiones los anuncios de las páginas webs remiten a noticias que, en ocasiones, podrían ni haber interesado al usuario para su búsqueda, pero que por mera curiosidad, acaba consultando.

Ese efecto expansivo, se ha visto favorecido por la aparición de los motores de búsqueda, pues como sostiene algún autor “la proliferación de las nuevas formas de comunicación ha puesto en entredicho buena parte de los mecanismos que se venían utilizando para salvaguardar nuestros derechos relacionados con el uso de internet, ya que estos están sometidos a nuevas amenazas para las que el derecho no había pensado. Hasta el auge y universalización de internet era posible cancelar unos datos que se habían facilitado para una finalidad concreta. Sin embargo, en los últimos años esta tarea se complica pudiendo devenir imposible debido, entre otros factores, a la conservación indefinida de los datos y su ubicación en diversos lugares provocado por el efecto multiplicador de los motores de búsqueda”<sup>476</sup>.

Debido a que el nacimiento jurisprudencial de la figura del derecho al olvido está estrechamente relacionado con el funcionamiento de los motores de búsqueda, resulta apropiado, y seguramente necesario, realizar una aproximación a su concepto y funcionamiento. Debe destacarse de forma apresurada, que su utilidad en la sociedad

---

<sup>475</sup> GÓMEZ, E., “Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e Internet”, en la obra colectiva coordinada por Cotino, L., *Libertades de expresión*, cit., 2011, pp. 450 y siguientes.

<sup>476</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P., “El derecho al olvido”, en *Cuadernos de Derecho Actual*, número 9, 2018, p. 423.

actual se encuentra fuera de cualquier posible ápice de dudas, hasta tal extremo que algún autor ha utilizado la expresión de “biblioteca desordenada”<sup>477</sup>, al referirse a la realidad de Internet sin la existencia de los motores de búsqueda.

En relación al *concepto de motor de búsqueda* la doctrina ha aportado varias definiciones<sup>478</sup>, destacándose de manera más acertada que son, “complejos sistemas informáticos que indexan documentos almacenados en millones de servidores de páginas web (más comúnmente conocidos como servidores web), para facilitar al usuario del servicio de búsqueda su inmediata localización, a través de determinadas palabras contenidas en los documentos buscados”<sup>479</sup> y, de manera menos acertada, ya que en ocasiones los motores de búsqueda siempre han esgrimido en las justificaciones de su falta de responsabilidad, el desarrollo de una actividad neutral y carente de cualquier tipo de repercusión jurídica, al definirlos como, “intermediarios neutrales entre los editores de las páginas webs y los internautas, ya que realizan únicamente una actividad técnica que favorece la accesibilidad y el hallazgo de información”<sup>480</sup>.

Quizás, el concepto más preciso, venga determinado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reconoció el “derecho al olvido digital”, donde se constató que los motores de búsqueda tratan datos personales<sup>481</sup>, objeto de análisis pormenorizado con posterioridad, definiendo a los mismos como un: “*proveedor de*

---

<sup>477</sup> MARTÍNEZ OTERO, J.M., “El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs. AEPD y Mario Costeja”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 93, 2015, p. 10.

<sup>478</sup> CASTELLÓ PASTOR, J.J., *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 45 y siguientes.

<sup>479</sup> LÓPEZ AYÓN, S., y MUÑOZ DE ALBA, M., “El acceso a la información como un derecho fundamental”, en *Cuaderno de Transparencia*, número 4, 2016, p. 18.

<sup>480</sup> VAN ALSENOY, B., KUCZERAWY, A., y AUSLOOS, J., “Search engines after Google Spain: internet@liberty or privacy peril?”, en *ICRI Research Papers*, núm. 15, 2013, p. 67.

<sup>481</sup> En exclusiva, sobre el tratamiento de los datos personales por los motores de búsqueda, obsérvese la obra de GARCÍA GARNICA, M.C., “La protección de los datos personales frente a su tratamiento "on line" por motores de búsqueda: El derecho al olvido digital”, en la obra *colectiva Retos jurídicos por la sociedad digital*, coordinada por Valls Prieto, J., editorial Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 107 a 135.

*contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesto en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado*<sup>482</sup>.

Una vez anotados algunos posibles conceptos sobre la figura que, como se ha visto, dependen en gran parte de la subjetividad del autor que los define, se pueden exponer los principios de actuación de los mismos, es decir el funcionamiento de los motores de búsqueda digitales. Los mismos, se ha escrito que, funcionan como robots, o arañas que desprenden sus patas a toda la información existente en el universo web, al objeto de facilitar al ciudadano información acerca de cualquier dato que resulte de su interés<sup>483</sup>.

En relación a su estructura se suelen dividir en tres partes diferenciadas: el rastreo, el índice y el procesador. El *rastreo* se correspondería con la fase donde se produce la búsqueda de páginas en función de la consulta realizada por el usuario y, una vez localizadas, las reenvía al *índice* donde se catalogan, el cual se encuentra compuesto tanto por los URL encontrados como por las palabras claves utilizadas en la búsqueda. En ese índice, mediante la utilización de una serie de algoritmos, se determina la relevancia de la información encontrada y se etiqueta, reenviando toda la información al *procesador*, para que el usuario decida a que información acceder<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014, apartado 21.

<sup>483</sup> ZHUOFAN, Y., SHIB, Y. WANG, B., "Search Engine Marketing, Financing Ability and Firm Performance in E-commerce", en *Journal of Marketing Research*, número 55, 2015, 1110: "Los "robots" o "arañas" de los buscadores realizan visitas automáticas y recurrentes a las pp. webs y las indexan extrayendo información y datos que son accesibles a través del código fuente de cada página web. De esta forma, una página web que ha sido indexada en la primera página de resultados, está optimizada correctamente en su parte técnica o "back-end", transmitiendo la información adecuada a los motores de búsqueda con el objetivo de que estos la cataloguen en la categoría correcta como resultado para determinadas consultas".

<sup>484</sup> BATTELLE, J., *Buscar, como Google y sus rivales han revolucionado los mercados y transformado nuestra cultura*, editorial Urano, Barcelona, 2006, p. 34 y siguientes.

Resulta prácticamente innegable, que el motor de búsqueda imperante en la actualidad es *Google*<sup>485</sup> y, además en el ámbito jurídico, es el que ha protagonizado, aunque probablemente sin querer, el reconocimiento expreso del derecho al olvido, como se expondrá posteriormente. Pues bien, en el caso de *Google*, su sistema de recuperación de la información se encuentra compuesto por dos indicadores diferenciados. Por un lado, un *sistema de indexación* que analiza las webs y crea los índices sobre las búsquedas realizadas y, un *sistema de consulta*, siendo el mismo la parte visible, es decir, con la que interactúan sus usuarios<sup>486</sup>.

El anterior sistema de consulta de *Google* se encuentra formado por el apartado donde el usuario introduce la búsqueda y, otro que recibe la consulta, accediendo al índice y filtrando los resultados en función de un orden de importancia, realizando la citada tarea de filtrado en función de criterios que no son públicos ni conocidos, ya que se realizan mediante algoritmos secretos por parte de la compañía<sup>487</sup>.

De lo anterior se extrae que los motores de búsqueda favorecen el acceso a la información alojada en las diferentes sitios web, actividad que a priori puede ser considerada como positiva en la sociedad del siglo XXI, cuyo deseo de información es constante, pero, ¿qué ocurre cuando el nombre que se introduce para buscar información

---

<sup>485</sup> En la actualidad Google es utilizado por 8 de cada 10 personas que desean encontrar algo en Internet. Ahora bien, no es el único buscador que existe, pudiendo destacarse el siguiente top-6 de buscadores: 1) *Google Search*, creado en el año 1997, representado el 79,49% de las búsquedas que se realizan en Internet, 2) *Baidu*, creado en Pekín en el año 1999 y, actualmente utilizado por el 12,11% de internautas a nivel mundial, 3) *Bing*, buscador web de Microsoft, creado en el año 2009 y, usado por el 4,57%, 4) *Yahoo Search*, creado en el año 1995 por la compañía Yahoo, usado por el 2,11%, 5) *Yandex*, motor de búsqueda ruso creado en el año 1997, usado por el 0,83% y, 6) *Ask*, creado por la compañía InterActive Corporation, en el año 1996, representando solo por el 0,33% de personas que desean buscar algo en Internet. Datos extraídos de: <https://www.julianmarquina.es/los-15-buscadores-web-mas-utilizados-en-el-mundo-para-encontrar-informacion-por-internet/>, (consultado el 20 de mayo de 2020).

<sup>486</sup> JAYARAM, J., MANRAI, K., y MANRAI, S., “Effective use of marketing technology in Eastern Europe: *Web analytics, social media, customer analytics, digital campaigns and mobile applications*”, en *Journal of economics, finance and Administrative science*, volumen 20, número 39, 2015, p. 120 ss.

<sup>487</sup> CHUNGA, A., ANDREEVA, P., BENYOUCEF, M., DUANE, A., y O'REILLY, P., “Managing and organisation’s social medial presence: An empirical stages of growth model”, en *International Journal of Information Management*, volumen 37, número 1, 2017, p. 1409 y siguientes.

es el suyo, y la información que se obtiene puede producir una serie de consecuencias negativas para esa persona? Cada vez es más común que determinados hechos, del pasado accesibles por los motores de búsqueda sean consultados por las empresas durante el proceso de selección laboral e incluso<sup>488</sup>, pueden ser motivos de despido<sup>489</sup>.

## **B) Concepto y denominación del derecho al olvido**

¿Qué ocurre cuando alguien introduce su nombre y apellidos en un motor de búsqueda y la información que encuentre sobre su persona sea ser falsa, o veraz pero perjudicial por pertenecer al pasado sin interés público y que lo que aparezca pueda ocasionarle daños de diversa índole?<sup>490</sup> El supuesto anterior, conocido vulgarmente como *googlearse* o, doctrinalmente como *egosurfing*<sup>491</sup>, puede producirse incluso respecto a datos puesto por la propia persona en el pasado<sup>492</sup>, como comentarios en *blogs*, o ciertas publicaciones de contenido personal o íntimo en redes sociales, situaciones que en casos muy extremos hasta han llegado a provocar el llamado “suicidio digital”<sup>493</sup> de la persona implicada.

---

<sup>488</sup> RALLO LOMBARTE, A., “El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos”, en *Revista Telos, Cuadernos de comunicación e innovación*, número 85, 2010, p. 104 y siguientes.

<sup>489</sup> En ocasiones esa información que aparece del pasado ha sido divulgada por el propio individuo. Un ejemplo de lo anterior, puede encontrarse en un caso con bastante repercusión en España, concretamente, el del jugador de fútbol profesional Sergi Guardiola, actualmente militante en el Getafe, quien fue despedido del Fútbol Club Barcelona, solamente un día después de ser contratado, por tener publicados en su cuenta personal y privada de *Twitter*, una serie de mensajes, con más de dos años de antigüedad, ofensivos contra Cataluña. Véase, [http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-barca-despide-ultimo-fichaje-publicarmensajes-ofensivos-twitter-contra-cataluna-201512282225\\_noticia.html](http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-barca-despide-ultimo-fichaje-publicarmensajes-ofensivos-twitter-contra-cataluna-201512282225_noticia.html) (consultado el 9 de agosto de 2019).

<sup>490</sup> La anterior pregunta es precisamente, la principal controversia sobre la figura jurídica objeto de estudio, como se desprende claramente de la obra de MURGA FERNÁNDEZ, J.P., “La difícil relación entre los motores de búsqueda y el derecho al olvido”, en la obra colectiva *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*, coordinada por Capilla Roncero, F., editorial Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 221 a 239.

<sup>491</sup> “Las situaciones anteriormente descritas surgen por la posibilidad que otorgan los motores de búsqueda de lo que coloquialmente se denomina «*Googlearse*» – incluir el nombre propio o el de otra persona en un motor de búsqueda, para comprobar qué resultados aparecen; dicha práctica recibe también el nombre de «*egosurfing*»”: MATE SATUÉ, C., “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”, en *Revista de Derecho civil*, volumen III, número 2, abril-junio, 2016, p. 188.

<sup>492</sup> LÓPEZ GARCÍA, M., “Derecho a la información y Derecho al olvido en Internet”, en *La Ley Unión Europea*, número 17, 2014, p. 41: “Si no estás en Internet no existes”.

<sup>493</sup> DE TERWANGNE, C., “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 13, 2012, p. 55.

La respuesta que el ordenamiento puede ofrecer a situaciones injustas por los efectos de esa información falsa o veraz, ajena o incluso propia, que permanece en Internet, es el “derecho al olvido”, derecho que fue originalmente concebido para combatir aquella información que el individuo considerase perjudicial sobre sí mismo, accesible mediante los buscadores, ya que el, “problema que se puede llegar a tener tiene su origen en la fuente original de los datos, pero indudablemente la falta de privacidad se incrementa cuando los buscadores indexan, con o sin sospechas de ello, información que atenta contra el derecho a la privacidad o ha sido conseguida de manera ilícita. Por tanto, la privacidad puede convertirse en el principal problema de los buscadores”<sup>494</sup>.

Parece conveniente, llegados a este punto, comenzar a perfilar el concepto del derecho al olvido que puede equipararse con una facultad que se le otorga a un usuario para solicitar que determinada información de su pasado existente en Internet no se muestre accesible al resto de usuarios por considerar que la misma resulta perjudicial para sus intereses personales. Ahora bien, a pesar de ser este su fundamento esencial, existen diferentes conceptos sobre la figura, ya que no deja de ser un foco de controversia jurídica<sup>495</sup>, sobre todo hasta la entrada en vigor del *Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*<sup>496</sup> que fue el primer instrumento jurídico que lo reguló de forma expresa.

Quizás la definición más exacta de la figura ha sido la aportada por la *Agencia Española de Protección de Datos* al considerar que el derecho al olvido hace referencia al “derecho a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple con los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la

---

<sup>494</sup> RAMÓN SAURA, J., PALOS, P., y DEBASA NAVALPOTRO, F., “El problema de la reputación online y motores de búsqueda: El derecho al olvido”, en *Cuadernos de Dereito*, número 8, 2017, p. 225.

<sup>495</sup> Tales controversias no solo derivan del establecimiento de un concepto único sobre la figura, sino que también derivan de su propia denominación o de sus orígenes, como se expondrá posteriormente.

<sup>496</sup> El mismo viene regulado en el artículo 17 de su texto, que se analizará más adelante.

normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima”<sup>497</sup>.

Bastante acertado resulta, también, la idea de considerar al derecho al olvido como “un derecho de caducidad de información personal, por el transcurso del tiempo o por haber cesado en cumplir con su finalidad; y como un derecho a olvidar información que pueda aparecer negativa para la persona”<sup>498</sup>. En el mismo sentido, también puede destacarse que se trataría de un derecho a “solicitar, en definitiva, que en determinados casos se cancelen datos personales que circulan por Internet ante el riesgo que ello supone en la vulneración de los derechos de la personalidad”<sup>499</sup>. Aunque lo cierto es, que esa última mención a los derechos de la personalidad quizás es excesiva, ya que, según nuestro criterio, el único derecho que se vulnera en los posibles ejercicios del derecho al olvido, es el derecho fundamental a la protección de datos, con independencia de posibles afectaciones causales al derecho al honor e intimidad de la persona que lo ejercite.

Al hilo de anterior, deben destacarse, también, una serie de conceptos sobre la figura de los que nosotros debemos disentir. En efecto, existen autores que definen al derecho al olvido como “una prolongación del derecho a la intimidad para controlar que ciertos episodios no obtengan una difusión permanente en la web y ocasionen un perjuicio gratuito a las persona”<sup>500</sup>, o en sentido similar al considerar que el mismo, “guarda una estrecha relación con el derecho a la intimidad así como con el derecho a la protección de

---

<sup>497</sup> Agencia Española de Protección de Datos, “Cinco puntos clave para ejercer el derecho al olvido”, en <https://www.aepd.es/areas/internet/derecho-al-olvido.html> (consultado el 9 de agosto de 2018).

<sup>498</sup> KOOPS, B.J., “Forgetting footprints, shunning shadowos. A critical analysis of the right to be forgotten in big data practice”, en *Scripted*, volumen 8, número 3, 2011, p. 231.

<sup>499</sup> MURGA FERNÁNDEZ, J.P., “La protección de los datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido”, en *Revista de Derecho Civil*, número 4, 2017, p. 184.

<sup>500</sup> SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad”, en *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación e Innovación*, 2014, p. 36.



datos personales, en el sentido de que deriva precisamente de la propia evolución de estos derechos”<sup>501</sup>.

Como se avanzó con anterioridad, no se pueden considerar acertados los anteriores conceptos, ya que el fundamento del derecho al olvido es la protección de los datos personales del usuario, que deben ser tratados conforme a una serie de principios como el de calidad o finalidad que son los que provocarán que en determinadas ocasiones la citada publicación existente en Internet, transcurrido un cierto tiempo considerable desde su publicación<sup>502</sup>, sea perjudicial para un usuario en concreto.

También disentimos de otra serie de opiniones que consideran al derecho al olvido como “aquél derecho que tiene el titular de un dato a que éste sea borrado o bloqueado, cuando se produzcan determinadas circunstancias y, en particular, a que no sea accesible a través de la Red”<sup>503</sup>, en la misma línea al considerar al derecho al olvido como, “una prerrogativa que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta al libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales”<sup>504</sup>. El ejercicio del derecho al olvido, a nuestro juicio, no supone en momento alguno el derecho a borrar la información veraz de ninguna plataforma digital publicada por un tercero, por tanto, no nos resultan acertadas las anteriores definiciones en tal sentido.

Si se parte de la anterior premisa, es decir, la de considerar al derecho al olvido como una especie de censor de la información publicada en Internet, se parte de una idea

---

<sup>501</sup> ÁLVAREZ CARO, M., “El derecho a la supresión o al olvido”, en la obra colectiva coordinada por Piñar Mañas, J.L., Reglamento General, *cit.*, p. 242.

<sup>502</sup> Se ha acuñado al respecto el término “privacidad histórica”. Obsérvese la obra de MEZZANOTTE, M., *Derecho al olvido: Una contribución al estudio de la Privacidad Histórica*, editada por Edizioni Scientifiche Italiane, Terano, 2009, p. 20 y siguientes.

<sup>503</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “El derecho al olvido en Internet”, en *Diario La Ley*, nº 8, 2013, p. 108.

<sup>504</sup> MARTÍNEZ BECERRIL, R., y SALGADO PERRILLIAT, R., “El derecho al olvido”, en el *Mundo del Abogado*, 2013, p. 36.

contraria al fundamento de la figura, idea negativa existente en parte de la doctrina<sup>505</sup>. Así, algunos autores lo consideran una especie de “derecho al borrado”<sup>506</sup> o, como un “derecho a la desaparición digital”<sup>507</sup>, configurándolo como un elemento alterador de la historia, cuando en realidad, en nuestra opinión, lo adecuado es estimar que “el debate sobre el derecho al olvido en Internet nada tiene que ver con el fin de la memoria, con prescindir del pasado, con el falseamiento de la historia, o con la supuesta instauración de un filtro censor universal al ejercicio del derecho a la información”<sup>508</sup>.

Sobre la denominación de la figura, también existe cierta controversia<sup>509</sup>, pues si se parte de la premisa, que es la defendida en este trabajo, de que el derecho al olvido no faculta a quien lo ejercita a desaparecer por completo de Internet, sino simplemente a dejar que la citada información aparezca tras la introducción de su nombre y apellidos en los motores de búsqueda, difícilmente podrá ser considerado como olvidado del todo, ya que siempre alguien podrá acceder a la noticia, aunque de una forma bastante más dificultosa, es por eso que la denominación otorgada en inglés a la figura, “*the right to be forgotten*”, es decir, “derecho a ser olvidado” nos parece poco acertada<sup>510</sup>. En el mismo sentido se ha subrayado que “a propósito de su denominación: derecho al olvido, somos concientes (*sic*) con su desacierto. Ello, en vista de que el olvido resulta ser propio de la

---

<sup>505</sup> En este sentido, obsérvese la obra de, ROTONTO TORNARIA, F., “El derecho al olvido, ¿existe?”, en *Revista CADE: Doctrina y Jurisprudencia*, número 42, 2017, p. 37 al 54.

<sup>506</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 48.

<sup>507</sup> ANGULO GARZARO, A., “El derecho al olvido en los motores de búsqueda y en las redes sociales a la luz de la nueva normativa de protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 4780, 2019, p. 1.

<sup>508</sup> RALLO LOMBARTE, A., *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, editado por el centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, p. 20.

<sup>509</sup> PAZOS CASTRO, R., “El mal llamado derecho al olvido en la era de Internet”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2183, 2015, p. 40 y siguientes.

<sup>510</sup> MANTELERO, A., “The EU proposal for a general data protection regulation and the roots of the “right to be forgotten”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 29, número 3, p. 229 y siguientes.

psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. Sin embargo, en primer término, la Red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar”<sup>511</sup>.

Así, en relación con las diferentes denominaciones de la figura, existen autores que la denominan: “derecho a la desindexación”<sup>512</sup>, “derecho al deshonor”<sup>513</sup>, “derecho a la redención digital”<sup>514</sup> e, incluso también ya existe un antónimo para la figura, el conocido como “derecho al recuerdo”<sup>515</sup>. Lo cierto es que nosotros somos favorables a la actual denominación legislativa contenida en *el Reglamento General de Protección de Datos* de la Unión Europea y en la española *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, ya que, en cierta medida, el olvido es conseguido en primera instancia por la primera persona, la que logra que cuando se introduzca su nombre y apellidos, la información caduca y perjudicial sobre él no sea accesible por dicha vía, provocando en un segundo lugar, el olvido en parte de la sociedad en general, que verá más complicado el acceso a la noticia en cuestión, pero no imposible. Lo que de ninguna forma podemos compartir es la consideración del citado derecho como un sistema de borrado de la información, ya que, con el ejercicio de este derecho, no se consigue hacer desaparecer la noticia o dato personal que el interesado considera perjudicial para su persona por el transcurso del tiempo, sino dificultar su fácil acceso<sup>516</sup>.

---

<sup>511</sup> TORRES MANRIQUE, J.I., “Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución”, en *revista Misión Jurídica*, número 13, 2017, p. 213.

<sup>512</sup> SIMAO DE LUCENA NETO, C., y OTERO FERNÁNDEZ, I., “Memoria, desindexación y el control de la exposición digital en la construcción del derecho al olvido en la Unión Europea”, en *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, volumen 5, número 1, 2016, p. 46.

<sup>513</sup> COBAS COBIELLA, M. E., “Protección post mortem del derecho al honor”, en la obra colectiva coordinada por De Verda Beamonte, J.R., *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad civil y otras cuestiones*, editorial Aranzadi, 2015, p. 320.

<sup>514</sup> LETA JONES, M., *Contrl + Z. The right to be forgotten*, editado por la New York University, New York, 2016, p. 32 y siguientes.

<sup>515</sup> LÓPEZ CALVO, J., “Últimas resoluciones judiciales sobre el derecho al olvido. Sobre la inalterabilidad de las hemerotecas digitales”, en *Diario La Ley*, número 9257, 2018, p. 1.

<sup>516</sup> Donde sí se puede encontrar por el contrario un auténtico derecho al borrado es por ejemplo, en la Ley del Estado de California, la Senate Bill 568 2013, donde se permite a los menores de 18 años borrar toda la información existente sobre ellos en las redes sociales. Se reconoce entonces un auténtico derecho al borrado, o “right to erasure”. Obsérvese al respecto, BODE, L., y, META JONES, L., “Do Americans Want

## II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO AL OLVIDO: LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### A) El reconocimiento jurisprudencial del derecho al olvido: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2014

Resulta ya idóneo exponer con cierto detalle los hechos por los que el derecho al olvido fue reconocido de manera expresa en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, como se anticipó, no es pacífica la doctrina en relación al origen de la figura, ya que aunque resulta comprometido negar la trascendencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2014 en su reconocimiento, diferentes autores sostienen que el origen del reconocimiento del derecho al olvido es anterior<sup>517</sup>.

Para diferentes autores, el origen de la figura se remonta ya al ejercicio de los derechos de cancelación y oposición del tratamiento de datos de personales regulados en la *Ley Orgánica de Protección de Datos española 15/1999*<sup>518</sup>, como quienes opinan que “el derecho al olvido es una forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición, en el marco del derecho fundamental de la protección de datos”<sup>519</sup>, y en el mismo sentido, se afirma que “este derecho *per se*, no constituye una novedad material, un derecho de perfiles inéditos, como un amalgama de derechos ya existentes, cuya aleación ha dado lugar a una construcción

---

a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation”, en *Policy and Internet*, volumen 10, número 3, 2018, pp. 244 a 263.

<sup>517</sup> En profundidad sobre la citada controversia obsérvese, Sobre los orígenes del derecho al olvido, obsérvese la obra de CORRAL TALCIANI, H., “El Derecho al olvido en Internet: Antecedentes y bases para su configuración jurídica”, en *Revista Jurídica Digital UANDES*, número 1, 2017, pp. 43 a 66.

<sup>518</sup> En el siguiente apartado de la presente tesis doctoral se analizará la normativa anterior y actual aplicable al ejercicio del derecho al olvido.

<sup>519</sup> SIMÓN CASTELLANO, P., *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, editorial Bosch, Barcelona, 2015, p. 100.

de nuevo cuño, que pretende responder con eficacia a necesidades derivadas de la irrupción del panorama jurídico de Internet y de las nuevas tecnologías”<sup>520</sup>.

Independientemente de lo anterior, la importancia en el reconocimiento normativo de un auténtico derecho al olvido por la STJUE de 13 de junio de 2014 es capital<sup>521</sup>, pues introdujo el “factor tiempo” como criterio a tener en cuenta, en relación a la posible falta de calidad en el tratamiento de datos personales, reconociéndose por gran parte de la doctrina que la figura tiene un exclusivo origen jurisprudencial<sup>522</sup>, pero, sin realizar una preterición intencional<sup>523</sup> de los antecedentes que provocaron la misma<sup>524</sup>.

Entre los antecedentes destaca el informe emitido por el *Grupo de Trabajo del artículo 29*<sup>525</sup> (GT 29) en concreto el WP 148 de 4 de abril de 2008, en relación a la actividad jurídica realizadas por los motores de búsqueda en Internet, ya que dicho órgano estableció por vez primera la consideración de que los mismos realizaban un auténtico tratamiento de datos personales de los usuarios. En concreto el *GT 29* consideró que: “un proveedor de buscadores que trata datos de los usuarios incluyendo direcciones IP

---

<sup>520</sup> CABACHO LÓPEZ, A., y BURGUERA AMEAVE, L., “Responsabilidad de los webmaster y derecho al olvido digital”, en la obra colectiva coordinada por Valero Torrijos, J., *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas, y respuestas desde la perspectiva jurídica*, editorial Aranzadi, 2013, p. 36.

<sup>521</sup> LETURIA, F., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 43, número 1, 2016, p. 98 y siguientes.

<sup>522</sup> Sobre este origen jurisprudencial obsérvese la obra de, VILASAU SOLANA, M., “El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)”, en la obra colectiva coordinada por Delgado García, A.M., *Nuevas tendencias en Internet, Derecho y Política*, editorial Huygens, Madrid, 2016, pp. 267 a 292.

<sup>523</sup> Expresión mayormente utilizada en el Derecho Sucesorio, referida a olvidos en la inclusión de herederos forzosos en el testamento, pudiendo ser la misma de carácter intencional o no intencional. Véase al respecto, la obra de, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*, editorial Marcial Pons, Madrid, 14ª edición, 2019, p. 202 y siguientes.

<sup>524</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.O., y, GONZALO DOMENECH, J.J., “Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 44, 2018, p. 19 y siguientes.

<sup>525</sup> El citado grupo de trabajo fue constituido por la Directiva comunitaria de protección de datos del año 1995 y ha estado emitiendo informes sobre cuestiones que necesitaban una serie de interpretaciones sobre el derecho fundamental a la protección de datos hasta el 25 de mayo del año 2018, fecha en el que el Reglamento de Protección de Datos europeo resultó de aplicación. En la actualidad ha sido objeto de transformación, denominándose actualmente European Data Protection Board.

(protocolo de Internet) y/o *cookies* permanentes que contengan un identificador único se encuentra dentro del ámbito material de la definición del responsable del tratamiento, puesto que determina de forma efectiva las finalidades y los medios del tratamiento (...). Un proveedor de buscadores que efectúa el tratamiento de datos personales, como registros con historiales de búsquedas personalmente identificables, se considera responsable del tratamiento de estos datos personales, independientemente de la cuestión acerca de la jurisdicción”.

La *Agencia Española de Protección de Datos*, cambió radicalmente su opinión jurídica sobre la actividad de los motores de búsqueda como consecuencia del informe del *GT 29*. En efecto, en el año 2007, la Agencia consideraba que los motores de búsqueda en Internet no eran responsables del tratamiento de datos de los usuarios: “los buscadores realizan la localización de información en Internet, en base a unos criterios que le son señalados por el usuario, buscando ocurrencias en textos o documentos publicados en la red y ofreciendo enlaces a los mismos. Así, la información no se encuentra ubicada en los servidores o máquinas de los prestadores de servicios de búsqueda, sino en las máquinas hacia las cuales apuntan los enlaces que ofrecen los buscadores, por lo que, la cancelación de los datos, si procede, deberá ejercitarse ante los responsables de las máquinas que contienen la información”<sup>526</sup>.

Pero solo un año después en el año 2008 la misma Agencia entendió, como consecuencia del informe del *GT 29*, que los buscadores en Internet sí podían ser considerados responsables del tratamiento de datos<sup>527</sup> realizado con su funcionamiento,

---

<sup>526</sup> Resolución de la AEPD en su procedimiento TD/00299/2007.

<sup>527</sup> Un análisis exhaustivo del cambio de razonamiento realizado por la AEPD puede encontrarse en la obra de, ORZALINARES, R.M., “El derecho al olvido en Internet: Algunos intentos para su regulación legal”, en la obra colectiva coordinada por Cotino Hueso, L., *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 478 a 487.

ya que su labor “no es una actividad amparada por la libertad de información sino que existe, una disposición legal o constitucional en contra del ejercicio del derecho de oposición frente a *Google*”<sup>528</sup>. Incluso, ya en ese mismo año 2008, amparó el derecho a solicitar la oposición frente al tratamiento de datos que aparecían en los resultados de búsqueda, aunque fueran publicados por el *Boletín Oficial del Estado*<sup>529</sup>.

El caso que originó la STJUE de 13 de mayo de 2014 viene determinado por los siguientes acontecimientos que transcurrieron precisamente, en España<sup>530</sup>. El 19 de enero y 9 de marzo del año 1998 el diario *La Vanguardia* publicó dos anuncios oficiales relativos a una subasta de bienes inmuebles por deudas contra la Seguridad Social contra el abogado Mario Costeja González, noticias que fueron publicadas en su repositorio *on line* poco tiempo después. Pues bien, el señor Costeja al introducir su nombre y apellidos en el motor de búsqueda *Google*<sup>531</sup>, accedió a la citada información, cuestión que entendía que ya no era relevante puesto que ya había saldado sus deudas años atrás, por ello, en el año 2009 solicitó a *La Vanguardia* que eliminara dichos contenidos de su edición digital.

Ante la negativa del diario a retirar la citada información, el señor Costeja se puso en febrero del año 2010 en contacto con *Google Spain* solicitando la eliminación del citado resultado de búsqueda, recibiendo respuesta negativa por parte de la compañía, al considerar la misma que el responsable del tratamiento era *Google Inc.*, con domicilio social en Estados Unidos, ya que *Google Spain* solo realizaba, según afirmaba,

---

<sup>528</sup> Resolución de la AEPD en su procedimiento TD/01164/2008.

<sup>529</sup> Resolución de la AEPD en su procedimiento TD/01488/2008.

<sup>530</sup> Para profundizar sobre los mismos puede observarse entre otros, la obra de AZURMENDI, A., “Por un derecho al olvido para los europeos: Aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso *Google Spain* y su recepción por la sentencia de la audiencia nacional española de 29 de diciembre de 2014”, en *Revista de Derecho Político*, número 92, enero-abril, 2015, pp. 276 y siguientes.

<sup>531</sup> Evidentemente, como es sabido existen más buscadores que *Google*, pero siempre se suele enfatizar sobre el mismo, debido a su carácter dominante en el mercado. Además, su tratamiento de datos también ha sido tratado en mayor proporción por la doctrina, como puede observarse en la obra de, SCHINASI, J., “Examining Data Regulations Through *Google*’s Global Expansion”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, número 52, 2014, pp. 569 a 616.

actividades publicitarias comerciales. El 5 de marzo de 2010 el señor Costeja presentó una reclamación ante la *Agencia Española de Protección de Datos* solicitando que *La Vanguardia* y el motor de búsqueda *Google* tomaran medidas para garantizar su anonimato, ya que el acceso a la noticia publicada 11 años atrás le provocaba un perjuicio de carácter profesional.

El 30 de julio del año 2010 el director de la *Agencia Española de Protección de Datos* dictó resolución, obligando a *Google Spain* a adoptar las medidas técnicas necesarias para evitar que el citado resultado no siguiera figurando como accesible en su lista de resultados cuando se introdujera el nombre y apellidos del solicitante. La *Agencia* consideró a *Google Spain* como responsable del tratamiento de datos y al opinar, como ya se ha expuesto a raíz del Informe del *GT 29*, que los motores de búsqueda eran responsables del tratamiento de datos, obligaba a la misma a retirar ese enlace. Instauraba, ya sin ningún ápice de duda y de manera expresa, el principio de responsabilidad en el tratamiento de datos de los buscadores<sup>532</sup>, aunque respecto al diario principal, es decir *La Vanguardia*, consideró que su actividad tenía una justificación al tratarse de una publicación de un diario oficial y por tanto, no estimó la reclamación frente al periódico.

Ante la decisión de la *Agencia Española de Protección de Datos*, la empresa *Google Spain* interpuso recurso ante la Audiencia Nacional, que mediante auto de 27 de febrero de 2012, decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una cuestión prejudicial de interpretación<sup>533</sup> al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento

---

<sup>532</sup> Cuestión controvertida aunque en ocasiones hiperbolizada por parte de la doctrina al expresar comparaciones como las siguientes al respecto: “hacer a *Google* responsable del uso de buscador para trazar perfiles se parece demasiado a hacer responsable al fabricante, por ejemplo, de una escopeta del crimen que con ella se haya podido cometer, siendo comparativamente posible y previsible que ambos se puedan emplear con fines ilícitos”; en MARTÍNEZ CABALLERO, J.M., “Cómo conjugar el derecho al olvido” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 57, 2015, p. 167.

<sup>533</sup> Para profundizar sobre esta cuestión prejudicial, entre otras, puede observarse la obra de, GUASCH PORTAS, V., y, SOLER FUENSANTA, J., “El derecho al olvido en Internet”, en *Revista de Derecho de la UNED*, número 16, 2015, pp. 989 a 1005.



de la Unión Europea. En concreto no se planteó una cuestión prejudicial, sino que fueron en realidad tres. En primer lugar se plantea una cuestión prejudicial en relación a la posible *aplicación territorial* de la Directiva comunitaria y por ende, de las normativas nacionales de protección de datos a sucursales de establecimientos principales sitios fuera de la Unión Europea. En segundo lugar, se plantea la posible *aplicación material* de la Directiva, es decir, que se determine de forma precisa si la actividad realizada por los motores de búsqueda puede ser considerada como un verdadero “tratamiento de datos personales” y, en tercero y último lugar, para el caso de que se considerara al motor de búsqueda como responsable del tratamiento, que se determinara *si se podría exigir la eliminación* de ciertos resultados a la empresa titular del motor de búsqueda de Internet.

El 25 de junio del año 2013 el Abogado General de la Unión Europea se pronuncia acerca de las tres cuestiones prejudiciales presentadas por parte de la Audiencia Nacional. En primer lugar, consideró que sí podría considerarse a *Google Spain* como sujeto al que dirigir tales pretensiones, ya que el rendimiento económico del mismo era suficiente para poder considerarlo como realizador de la misma actividad que su matriz principal<sup>534</sup>. En segundo lugar, consideró que la actividad realizada por el motor de búsqueda se correspondía con un tratamiento de datos personales, ahora bien, no estimó al buscador como responsable del tratamiento de los datos de los usuarios, al considerarlo simplemente como un mero intermediario de la información publicada de terceros. En base a lo anterior, por tanto, el Abogado General de la Unión Europea *negó la existencia un auténtico derecho al olvido digital*, a considerar que el usuario no podría dirigir a una

---

<sup>534</sup> Siguiendo al respecto las indicaciones del Dictamen 8/2010 sobre derecho aplicable del Grupo de Trabajo del artículo 29. Al respecto puede observarse la obra de HON, W.K., HÖRNLE, J.Y., y MILLARD, C., “Data protection jurisdiction and cloud computing- When are clouds users and providers subjects to EU Data Protection Law, Part 3”, en *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, número 84, 2011, p. 25 y siguientes.

solicitud a un motor de búsqueda para hacer desaparecer un determinado enlace de sus resultados<sup>535</sup>.

Tras los antecedentes indicados es ya momento de analizar el contenido de la decisiva STJUE de 13 de mayo de 2014, más conocida como *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos*, y para ello, se expondrán las principales respuestas del Tribunal comunitario en relación a las tres cuestiones prejudiciales aducidas con anterioridad.

*Ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46 CE.* *Google* siempre ha mantenido la inaplicabilidad de la Directiva, debido a que las funciones de buscador las realiza *Google Search*, compañía con sede en Estados Unidos de América, mientras que *Google Spain* realizaba funciones comerciales, pues bien, en palabras del propio Tribunal: “*la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search*”<sup>536</sup>.

El Tribunal, en el análisis de este bloque, llega a la conclusión que la actividad desarrollada por *Google Spain*, se enmarca dentro del término establecimiento utilizado por la Directiva 95/46 CE, ayudado en este razonamiento por lo establecido en el Considerando 19 de la Directiva, que añade dos requisitos para catalogar una actividad desarrollada por una organización como un establecimiento, que son, en primer lugar, el

---

<sup>535</sup> Obsérvese al respecto la obra de LINDROOS-HOVINHEIMO, S., “Legal Subjectivity and the ‘Right to be Forgotten’: A Rancie’ rean Analysis of *Google*”, en *Law Critique*, volumen 27, octubre, 2016, pp. 289 a 301, o la obra de DE BAETS, A., “A historian's view on the right to be forgotten”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, volumen 30, 2015, pp. 57 a 66.

<sup>536</sup> Apartado 46 del Asunto C-131/12, *Google vs. AEDP*, STJUE de 13 de Mayo de 2014.

ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, y en segundo lugar, la no importancia de la forma jurídica del establecimiento en cuestión<sup>537</sup>.

Además, el Tribunal añade que: “*visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva*”<sup>538</sup>. Gracias a este criterio, sería posible plantear entre otras, demandas de responsabilidad civil frente a responsables de tratamiento de datos con filiales en estados de la Unión Europea, debido a una interpretación nada restrictiva del concepto de responsable del tratamiento<sup>539</sup>.

*Ámbito de aplicación material de la Directiva 95/46 CE.* En este apartado, en síntesis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a la cuestión sobre si los motores de búsqueda realizan en el marco de su actividad un tratamiento de datos personales, cuestión que siempre negaban los motores de búsqueda, escapándose entonces de las normas de protección de datos personas.

---

<sup>537</sup> Existen voces críticas en relación a la interpretación flexible realizada por el tribunal sobre el criterio del “establecimiento”. En concreto, puede observarse la obra de, KUNER, C., “The court of justice of the EU judgement on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges”, en la obra colectiva coordinada por Hess, B., *Protecting Privacy in International and Procedural Law and by Data Protection*, editada por Ashgate-Nomos, Badenbaden, 2015, pp. 19 a 44.

<sup>538</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 53.

<sup>539</sup> Incluso algunos autores sostienen que aunque Google no hubiera tenido un establecimiento en España, se le podría haber aplicado el derecho nacional, en virtud de los principios de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, véase la obra de, PALOP, A., “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia *Google*”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, volumen 35, 2015, p. 9: “el mero hecho de que un afección se produzca en territorio español es a buen seguro suficiente para que se reconozca jurisdicción a la instancia territorial donde sea más sentido el daño o efecto y desde donde sea más factible su reparación y la defensa de sus intereses jurídicos por parte del ciudadanos afectado”.

El Tribunal desmonta el criterio defendido por *Google* y se acerca en este caso a la postura defendida por el Abogado General de la Unión Europea<sup>540</sup> al considerar que el citado buscador, si realiza en su actividad un auténtico tratamiento de datos personales. En este sentido aduce que: *“al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda recoge tales datos que extrae, registra y organiza posteriormente en el marco de sus programas de indexación, conserva en sus servidores y, en su caso, comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de lista de resultados de sus búsquedas”*<sup>541</sup>.

También respecto a la posible neutralidad de *Google* en el desarrollo de su actividad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que: *“es el gestor del motor de búsqueda quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa el mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse responsable de dicho tratamiento”*<sup>542</sup>. Es a partir de la resolución de la presente cuestión prejudicial, a pesar de que el *Grupo de Trabajo del artículo 29* y algunas agencias nacionales de protección de datos, como la española lo hubieran corroborado en sus decisiones, cuando queda por sentada una verdadera conclusión sobre la cuestión, es decir, a partir de este momento no se puede dudar sobre que la actividad realizada por los motores de búsqueda se corresponde con un verdadero tratamiento de datos personales<sup>543</sup>.

Ahora bien, a pesar de considerar que la actividad realizada se corresponde con un verdadero y real tratamiento de datos personales, también se tenía que pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la consideración de responsable o no

---

<sup>540</sup> BROTONS MOLINA, O., “Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12”, en *Revista de Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 33, 2013, p. 110 y siguientes.

<sup>541</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014, apartado 28.

<sup>542</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014, apartado 33.

<sup>543</sup> DE ASENSIO, P.M., “El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia”, en *La Ley Unión Europea*, número 17, 2014, pp. 5 y siguientes.

del citado tratamiento por parte del motor de búsqueda, cuestión que negó expresamente el Abogado General de la Unión Europea. Pues bien, el Tribunal razona sobre el elevado nivel de protección que ostenta el derecho fundamental a la protección de datos en la comunidad europea, considerando que: *“las disposiciones de la Directiva 95/46, en la medida en que regulan el tratamiento de datos personales que pueden atentar contra las libertades fundamentales y en particular, contra el derecho a la intimidad, deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales que, según reiterada jurisprudencia, forman parte de los principios generales de Derecho”*<sup>544</sup>.

Para el Tribunal, el efecto multiplicador de los motores de búsqueda: *“es pacífico que esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos”*<sup>545</sup>, unido a la facultad de organizar y mostrar resultados a los usuarios y, a la necesidad de una protección integral del derecho fundamental a la protección de datos, son los motivos que le llevan a considerar al motor de búsqueda como responsable del tratamiento de datos realizado.

La doctrina ha protagonizado un intenso debate sobre el presente extremo de la sentencia ya que, para parte de ella, *Google* no es responsable del tratamiento, aunque realice dicha actividad jurídica. Así, algunos parten de que la actividad realizada por el citado buscador, es meramente automática, funcionando como “una herramienta de localización de información que no ejerce ningún control sobre los datos personales incluidos en las páginas webs de terceros, por lo que su intervención se limita a indexar

---

<sup>544</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014, apartado 68.

<sup>545</sup> Sentencia TJUE (Sala Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014, apartado 36.

y mostrar la información publicadas en las webs”<sup>546</sup>, mientras que otros autores comparten en exclusiva el razonamiento otorgado en este punto por el Abogado General de la Unión<sup>547</sup>.

Ahora bien, nosotros compartimos, por impecable, justo y razonado, el criterio de asunción de responsabilidad en el tratamiento que sostiene el Tribunal. Uno de los pilares básicos del Derecho es que la realización de cualquier actividad entraña un peligro, incluso cuando una persona no la realiza por sí misma, pero es llevada a cabo por alguien sobre la que se tiene un deber de garante, también puede originar esa responsabilidad, ¿podría ser realmente plausible considerar que la actividad de un motor de búsqueda es tan neutral que no tiene responsabilidad ninguna en su actuación? Por mucho que un sistema actúe de manera automatizada, alguien habrá tenido que prediseñar su actuación mediante la creación de una serie de algoritmos, opinar lo contrario, resultaría similar a otorgarle a los motores de búsqueda poderes cuasi-divinos. Además, como expresa acertadamente algún autor, “los buscadores permiten una visualización, inmediatez y ubicuidad de la información que sin estos no sería posible, lo que se debe a que realizan algo más que una mera localización de la información”<sup>548</sup>.

---

<sup>546</sup> BOTANA GARCÍA, G.A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el caso Google”, en *Práctica de Daños*, número 120, 2014, p. 16.

<sup>547</sup> PAZOS CASTRO, R., “El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014”, en *Indret, revista para análisis del derecho*, enero, 2015, p. 30: “ Como indica con acierto el Abogado General, el criterio clave para calificar a una persona como responsable del tratamiento es que dicha persona determine los fines y los medios de tratamiento de datos personales, es decir, una persona solo es responsable del tratamiento cuando sea consciente de la existencia de una categoría determinada de información que contiene datos personales y trate estos datos con una intención relacionada con su tratamiento de datos personales (...) cuestión que no ocurre con Google porque su sistema automatizado no discrimina entre datos personales y no personales”.

<sup>548</sup> VILASAU SOLANA, M., “El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 18, 2014, p. 22.

*Alcance de los derechos de los ciudadanos para eliminar los resultados de búsqueda.*

Es verdaderamente en la respuesta a esta cuestión, donde el Tribunal construye la nueva institución de un verdadero derecho al olvido<sup>549</sup>, al considerar que, en determinados supuestos, los eventuales reclamantes pueden solicitar la desindexación de datos personales contenidos en la Red, aunque estos datos no sean falsos, ya que pueden ser verdaderos, pero aun así su tratamiento puede ser ilícito. Así, en palabras del Tribunal: *“incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron. Éste es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido”*<sup>550</sup>.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el paso del tiempo puede justificar que el acceso a la noticia en cuestión ya no sea pertinente, aunque la misma sea veraz, pudiendo por tanto una persona: *“solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”*<sup>551</sup>. Ahora bien, a lo anterior habría que añadir el límite a la exposición pública de la persona en cuestión, ya que si hubiera o tuviera relevancia pública, quizás el interés en su conservación fuera superior a su derecho a limitar su acceso<sup>552</sup>, según los casos.

---

<sup>549</sup> CORDOBA CASTROVERDE, D., “Los retos de la protección de dato en internet: Caso Google Spain y derecho al olvido”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, 2017, pp. 221 a 247.

<sup>550</sup> Apartado 93 del Asunto C-131/12, Google vs. AEPD, STJUE de 13 de Mayo de 2014.

<sup>551</sup> *Ibidem*, apartado 99.

<sup>552</sup> MANZANERO JIMÉNEZ, L., y PÉREZ GARCÍA-FERREIRA, J., “Sobre el derecho al olvido digital: Una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los

Por tanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea crea un verdadero derecho al olvido, considerando que la información existente en Internet sobre las personas caduca (se debilita su interés público indiscriminado con el transcurso del tiempo), es decir, puede ocurrir que llegado un determinado momento la misma ya no fuera de interés y su mantenimiento pudiera derivar en una infracción del principio de calidad en el tratamiento de datos personales. Ahora bien, este derecho no es absoluto, sino que requerirá una ponderación de los derechos en colisión, dotando de especial relevancia a los supuestos de presencia pública de la persona que solicite tal derecho. Para algún autor destacado, cabe destacar la importante protección del derecho fundamental a la protección de datos que ha realizado la sentencia, de suerte tal que, “el Tribunal de Luxemburgo, en el Caso *Google vs AEPD*, ha sido, ante todo, un juez garante de derechos que ha confirmado la alta condición jurídica que ya venía atribuyéndose al derecho a la protección de datos personales tanto en su jurisprudencia como en el marco legal y «constitucional» europeo”<sup>553</sup>.

Sobre el contenido del derecho creado, no han faltado las críticas, ya que como se ha expuesto, la figura es objeto de constante debate en la doctrina. Así, hay autores que han utilizado la expresión de “alarde de creatividad”<sup>554</sup>, para referirse a la sentencia, pero destacan especialmente las críticas en relación al “factor tiempo” como elemento clave en la ponderación del ejercicio del derecho al olvido. Así, mientras que algunos autores consideran positivo este elemento, incluso advierten sobre la posibilidad de establecer un

---

motores de búsqueda”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 32, 2015, p. 256: “Por ejemplo, sería el caso de un político salpicado por un caso de corrupción. En la medida en que la noticia en la que se encuentre involucrado es relevante por ser él el sujeto que la protagoniza, de prosperar su petición se dificultaría en exceso que los internautas accedieran a ella”.

<sup>553</sup> RALLO LOMBARTE, A., *op.cit.*, p. 586. En el mismo sentido, obsérvese la obra de LÓPEZ AGUILAR, J.F., *op.cit.*, 2017, pp. 557 a 581.

<sup>554</sup> PEGUERA, M., “The Shaky Ground of the right to be delisted”, en *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, número 3, 2016, p. 40.



plazo legal para eliminarlo sin necesidad de solicitud previa por parte del interesado<sup>555</sup>, otros por el contrario indican que la institucionalización del factor tiempo como elemento clave legitimador del tratamiento de datos personales, pudiera suponer una especie de ataque a la libertad de Internet, vulnerando el derecho a la información de la sociedad<sup>556</sup>.

### **B) El TJUE como configurador del derecho al olvido: alcance y límites**

Ahora bien, la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al derecho al olvido no se agotó con la sentencia analizada, sino que son determinantes otros dos pronunciamientos más sobre la figura<sup>557</sup>, donde se analizan una serie de límites a la misma. Recuérdese que el derecho al olvido no es un derecho absoluto, porque realmente como sostiene el Tribunal Constitucional español en diferentes sentencias antes analizadas, ningún derecho ostenta tal carácter. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a pronunciarse sobre el ejercicio del derecho al olvido en su sentencia de 9 de marzo de 2017 en el asunto C-398/15 *Manni vs. Camera di Comercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce*, donde analizó, si era posible acceder a una solicitud de eliminación de una serie de datos inscritos en el Registro Societario de Italia, el equivalente al Registro Mercantil de España<sup>558</sup>.

Se resumen los acontecimientos que dieron lugar al pronunciamiento del TJUE en lo siguiente: el señor Manni demandó a la Cámara de Comercio de Lecce en el año 2007 considerando que la publicación existente en registro de sociedades donde constaba que había sido administrador único de una empresa declarada en ruina en el año 1992,

---

<sup>555</sup> CORBETT, S., “The retention of personal information online: A call for international regulation or privacy law”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 29, 2013, p.148 y siguientes.

<sup>556</sup> AUSLOOS, J., “The right to be forgotten, a Worth remembering?”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 28, 2012, p. 149 y siguientes.

<sup>557</sup> En el momento de redacción de la presente tesis doctoral, en realidad solo se cuenta con un pronunciamiento por parte del Tribunal, aunque parece inminente el segundo, ya que las conclusiones del Abogado General ya han sido objeto de publicación como después se expondrán.

<sup>558</sup> CARAVA, E., “Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten”, en *Eur. Data Prot. L. Rev.*, número 3, 2017, p. 287 y siguientes.

afectaba a su actividad profesional de constructor. En 2011 el Tribunal de Lecce le otorga razón al señor Manni ordenando la cancelación de los asientos registrales, pero la Cámara de Comercio de Lecce, recurrió la decisión, quedando en manos del Tribunal de Casación Italiano la solución final del conflicto, cuestión que no ocurrió ya que el mismo, suspendió el procedimiento y elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En síntesis, este Tribunal tendría que resolver si el ejercicio del derecho al olvido podría realizarse frente a los datos existentes en los registros mercantiles de los estados miembros o no<sup>559</sup>.

En fecha 8 de septiembre de 2016 el Abogado General de la Unión presenta sus conclusiones, donde se muestra contrario al ejercicio del derecho al olvido frente a los datos existentes en los registros mercantiles, utilizando para ello y, por primera vez en la historia del Tribunal dada su reciente aprobación, argumentos del *Reglamento General de Protección de Datos*. Como consecuencia de lo anterior, para algún autor “las Conclusiones del Abogado General Yves Bot se pueden calificar de hito cuasi jurisprudencial, no sólo por constar como la primera referencia de este instrumento jurídico en la historia del procedimiento prejudicial, sino también porque su mención se hace a pesar de no ser directamente aplicable en los Estados miembros hasta el 25 de mayo del 2018”<sup>560</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la cuestión el 9 de marzo del año 2017, estimando en gran parte los razonamientos esgrimidos por el Abogado General. En efecto, el Tribunal considera que el interés general público de los

---

<sup>559</sup> GIL GONZÁLEZ, E., y DE HERT, P., “Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles”, en *Journal of the Academy of European Law*, volumen 19, número 4, 2019, p. 610 y siguientes.

<sup>560</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ - SÁEZ, M., “Los nuevos límites al Derecho al Olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: La Difícil Conciliación Entre Las Libertades Económicas Y La Protección De Datos Personales”, en *Revista Estudios de Deusto*, volumen 65, 2017, p. 154.

datos publicados en los registros mercantiles se encuentra más protegido que la posibilidad del ejercicio del derecho al olvido por parte de un ciudadano cuyos datos figuren en el mismo. Ahora bien, su respuesta no fue categórica, porque también opinó que existe la posibilidad de permitir dicho ejercicio en determinadas situaciones especiales, pero eso sí, deberán venir determinadas en las legislaciones de los Estados miembros. Al respecto, en palabras del propio Tribunal comunitario: *“procede declarar que, si bien resulta de cuanto antecede que en la ponderación que debe llevarse a cabo en el marco de esta disposición prevalece, en principio, la necesidad de proteger los intereses de terceros en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada y de garantizar la seguridad jurídica, la lealtad de las transacciones comerciales y, de este modo, el buen funcionamiento del mercado interior, sin embargo no es posible excluir que puedan existir situaciones particulares en las que razones preponderantes y legítimas propias de la situación concreta del interesado justifiquen excepcionalmente que el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en el registro, se limite, al expirar un plazo suficientemente largo tras la liquidación de la sociedad de que se trate, a los terceros que justifiquen un interés específico en su consulta”*<sup>561</sup>.

Por tanto en su segundo pronunciamiento sobre el derecho al olvido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara la existencia de un límite específico del mismo, la información publicada en los registros mercantiles de los diferentes países, aunque el límite tampoco será absoluto, ya que los estados miembros podrán en su legislación regular supuestos donde si este permitida la citada supresión de estos datos. De lo anterior, parte de la doctrina considera que la sentencia adopta una posición conciliadora, “al declarar, de forma expresa, que no cabe excluir el adoptar otras posibles medidas ante

---

<sup>561</sup> Apartado 60 del Asunto C-398/15, Manni, STJUE de 9 de marzo de 2017.

supuesto especiales (...) abriéndose la posibilidad de ponderar situaciones particulares que puedan surgir, en las que fuera procedente estimar o considerar determinados motivos que justificaran adoptar resoluciones extraordinarias”<sup>562</sup>.

El mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado además, sobre otro posible límite del derecho al olvido, en concreto sobre su posible aplicación territorial global<sup>563</sup>. El asunto en concreto es el C-507/17 *Google vs. CNIL*, donde el Consejo de Estado de Francia, cuando le tocó resolver el recurso planteado por *Google* debido a la sanción de 100.000 euros impuesta por la Agencia de protección de datos francesa, como consecuencia de la no desindexación de ciertos resultados de búsqueda en todas las versiones de su navegador, planteó las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) ¿es posible retirar los enlaces en todas las versiones del buscador, incluido las de fuera de la Unión Europea?; 2) en respuesta negativa de la anterior cuestión, ¿se deben retirar los enlaces en todos los países de la Unión, o solo en el país de origen del perjudicado?; 3) si se tienen que retirar los enlaces en todos los países de la Unión, ¿se pueden aplicar medidas de geolocalización para evitar que cualquier persona que acceda a la Unión, pueda encontrar dichos enlaces?

Se trata, en síntesis, de que el Tribunal comunitario aclare el ámbito de aplicación territorial<sup>564</sup> del derecho al olvido. El Abogado General de la Unión Europea presentó sus conclusiones sobre el asunto el 10 de enero del año 2019, donde desestimó la primera cuestión prejudicial, pero estimó las dos siguientes. En efecto, para la mencionada

---

<sup>562</sup> DOPAZO FRAGUÍO, M.P., “El derecho a la protección de datos y delimitación del derecho al olvido en la UE”, en *Revista Universitaria Europea*, número 30, 2019, p. 79.

<sup>563</sup> MIGLIO, A., “Enforcing the Right to Be Forgotten Beyond EU Borders”, en *Use and Misuse of New Technologies*, número 20, 2019, p. 310 y siguientes.

<sup>564</sup> Aspecto polémico tras la STJUE del caso Mario Costeja, como advirtió el Grupo de Trabajo del Artículo 29. Véase su dictamen, “Guidelines on the Implementation of the CJEU Judgement on *Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos and Mario Costeja González*”, de 26 de noviembre de 2014.

autoridad, no es posible una aplicación global del derecho al olvido fuera de los países de la Unión, ya que se estaría limitando según su criterio, el derecho a la información del resto de ciudadanos del mundo<sup>565</sup>, considerando que, “existiría entonces el riesgo de que la Unión impidiera a personas que se encuentran en un tercer país acceder a la información. Permitir a una autoridad de la Unión que ordene una retirada de enlaces a nivel mundial transmitiría un mensaje nefasto a los terceros países, que también podrían ordenar una retirada al amparo de sus propias leyes. Imaginemos que, por el motivo que sea, terceros países interpreten algunas de sus normas de modo que se impida a personas que se encuentran en un Estado miembro de la Unión el acceso a una información buscada. Existiría un riesgo real de nivelar a la baja, en detrimento de la libertad de expresión, a escala europea y mundial”<sup>566</sup>.

Ahora bien, el Abogado General sí consideró que deben retirarse los enlaces en todos los países de la Unión Europea al considerar que la normativa de la Unión trasciende a la de los Estados miembros y, también estima la necesidad que se adopten las medidas de geolocalización necesarias para evitar el acceso desde cualquier IP (protocolo de Internet) situada en el territorio de la Unión, incluyendo el desarrollo de la técnica del bloqueo geográfico, la cual, “limita el acceso al contenido publicado en Internet en función de la localización geográfica del usuario. En un sistema de bloqueo geográfico, la localización del usuario se determina mediante técnicas de geolocalización, como la comprobación de la dirección IP del usuario”<sup>567</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión resolvió la contienda el 24 de septiembre del año 2019, compartiendo, aunque con matices, los razonamientos aportados por el Abogado

---

<sup>565</sup> SVANTESSON, D., “Lagom Jurisdiction - What Viking Drinking Etiquette Can Teach Us about Internet Jurisdiction and Google France”, en *Masaryk U. J.L. & Tech*, número 12, 2019, p. 29 y ss.

<sup>566</sup> Apartado 61 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-507/17.

<sup>567</sup> Apartado 71 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-507/17.

General de la Unión. En efecto, partiendo de la base de que uno de los objetivos de la normativa comunitaria sobre protección de datos es garantizar un nivel de protección de datos personales adecuado en toda la Unión, lo cierto es, que como subraya el Tribunal comunitario, en la regulación sobre el derecho al olvido: *“no se desprende en modo alguno que el legislador de la Unión haya optado por atribuir a los derechos consagrados en estas disposiciones un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados miembros y que haya pretendido imponer a un gestor que, como Google, queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva o el Reglamento la obligación de retirar enlaces también de las versiones nacionales de su motor de búsqueda que no correspondan a los Estados miembros”*<sup>568</sup>.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, la sentencia no supone una absoluta limitación al ejercicio del derecho al olvido, ya que el propio Tribunal añade en sus apartados finales que tampoco existe norma alguna que impidiera considerar que un asunto en concreto, una autoridad nacional de control solicitara a un motor de búsqueda la desindexación de ciertos resultados en todas las versiones del mismo, después de ponderar el posible daño que se produjera a la persona en cuestión la no retirada de los mismos<sup>569</sup>.

En este sentido, parece que el daño causado a un eventual reclamante que reside habitualmente, por ejemplo en Cádiz, por la no retirada de los citados enlaces por ejemplo en Colorado, parecen bastante mínimos. Aun así, si el Tribunal no hubiera reconocido expresamente la anterior matización, la sentencia hubiera servido de excusa para los críticos con la figura, para limitar de manera absoluta su aplicación extraterritorial, sosteniéndose al respecto que, “una vez que se consolide la idea de que resultados en

---

<sup>568</sup> Apartado 62 del Asunto C-507/17, Google LLC vs. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), STJUE de 24 de septiembre del año 2019.

<sup>569</sup> Apartado 72 de la STJUE de 24 de septiembre del año 2019.

relación con el nombre del usuario no aparecen en la Unión Europea pero sí en desde terceros Estados, no será difícil recurrir a mecanismos, como sencillamente la consulta a través de quien se encuentra en uno de esos terceros Estados, para poder llegar a conocer la información”<sup>570</sup>.

### III. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO AL OLVIDO

Como ha quedado acreditado cuando se expusieron las diferentes teorías sobre el nacimiento del derecho al olvido, derecho que de ser violado puede acarrear una responsabilidad civil, parece evidente, que ya en la Directiva comunitaria 95/46 de protección de datos se encontraban los mecanismos jurídicos necesarios para poder desarrollar este derecho y, por ende, también se podían encontrar en la normativa española de protección de datos<sup>571</sup>, resultando preciso exponer brevemente la anterior regulación al respecto.

La plasmación jurídica de las herramientas donde se podría focalizar el ejercicio del derecho al olvido en la *Ley Orgánica de Protección de Datos española del año 1999* (LOP) se encontraba en su título tercero<sup>572</sup>. Dicho título llevaba por rúbrica “*Derechos de las personas*”, y se encontraba formado desde el artículo 13 de la Ley al artículo 19, donde se encontraban ubicados los tradicionales derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición)<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17”, en *La Ley Unión Europea*, número 67, 2019, p. 3.

<sup>571</sup> GONZÁLEZ TAPIA, M.L., “España: Los derechos del interesado en la normativa española de protección de datos”, en *Revista de Derecho informático*, número 106, 2007, p. 3 y siguientes.

<sup>572</sup> SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional derecho al olvido digital*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34 y siguientes.

<sup>573</sup> Los mismos han sido considerados como el núcleo fundamental del derecho fundamental a la protección de datos. Obsérvese la obra de HERNÁNDEZ RAMOS, M., “El derecho al olvido digital en la web 2.0”, en *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, número 11, 2013, p. 26: “los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que, recordemos, constituyen el contenido esencial del

Ahora bien, con independencia del “derecho de acceso”, el verdadero núcleo de acción del derecho al olvido estaba recogido en el artículo 16, regulador del “derecho de rectificación y cancelación” y, el artículo 17 donde se recogía el “derecho de oposición” al tratamiento de datos personales<sup>574</sup>.

El derecho de rectificación y cancelación de datos e informaciones aparecía regulado en el artículo 16 LOPD, donde se establecía que: “serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos”. Ahora bien, la regulación de aquella Ley Orgánica debía completarse con lo contenido en el su Reglamento de desarrollo del año 2007 (ROLPD), en concreto con lo contenido en sus artículos 31, 32 y 33, obteniéndose de los mismos lo siguiente:

*Concepto:* El derecho de rectificación podría ser definido como el derecho del afectado a que se modifiquen los datos inexactos o incompletos, mientras que el ejercicio del derecho de cancelación daba lugar a la solicitud de supresión de los datos inadecuados o considerados como excesivos.

*Procedimiento:* en lo referente al derecho de rectificación, el afectado debía solicitar la corrección que desea, acompañando la misma de los documentos justificativos en los que funde sus argumentos. En el caso de que el usuario quisiera obtener una cancelación de unos datos personales suyos publicados, el reclamante debía indicar claramente los datos referidos, y aportar al igual que en el caso anterior la documentación en que fundamente su derecho. El plazo para contestar por parte del responsable de los datos era

---

derecho reconocido en el art. 18.4 CE, pues a través de ellos, por un lado, se garantiza que cualquier persona pueda tener control sobre sus datos personales y por otro, impone a terceros, ya sean públicos o privados, los ya estudiados deberes de hacer”.

<sup>574</sup> Un análisis pormenorizado de los citados derechos, incluyendo el derecho de acceso, puede encontrarse entre otras, en la obra de CARDONA RUBERT, M.B., *op.cit.*, pp. 201 a 217.



de diez días, en el caso que éste no conteste el usuario se encontraba legitimado para presentar una reclamación ante la *Agencia Española de Protección de Datos*<sup>575</sup>.

Para culminar el marco básico de derechos dentro de los que se enmarcaba el ejercicio del derecho al olvido, con anterioridad a la promulgación del *Reglamento General de Protección de Datos europeo*, se debe hacer mención al derecho de oposición<sup>576</sup>, que se encontraba desarrollado reglamentariamente, en concreto en los artículos 34 y 35 ROLPD, los que articulan el procedimiento de oposición obteniéndose del mismo los siguientes puntos clave:

*Definición:* el derecho de oposición venía configurado como derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo, siempre que se dieran alguno de los supuestos regulados en el cuerpo legal<sup>577</sup>.

*Procedimiento:* para ejercitar el derecho de oposición frente al tratamiento de datos personales, se debía en primer lugar realizar una solicitud al responsable del tratamiento. El responsable del tratamiento debía responder en diez días desde la solicitud, debiendo denegar motivadamente la solicitud presentada, o por el contrario proceder a eliminar los datos personales del reclamante. En el caso de que transcurrido el plazo el responsable

---

<sup>575</sup> SERRANO PÉREZ, M.M., “Derechos de rectificación y cancelación”, en la obra colectiva coordinada por Troncoso Reigada, A., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, editorial Cívitas, 2010, pp. 1219 a 1240

<sup>576</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M., “Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet. Comentario a la STJUE, GOOGLE C-131/12, de 13 de mayo de 2014”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 34, 2014, p. 3 y siguientes.

<sup>577</sup> Artículo 34 ROLPD, apartado a: a) “Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario”; b) “Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación” y, c) “Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento”.

del tratamiento de datos no responde a la solicitud, el afectado se encontraba legitimado para presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos<sup>578</sup>.

### **A) En la vigente regulación comunitaria**

Tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el asunto *Google vs. AEPD*, resultaba necesario la transformación del sistema normativo comunitario en la protección de datos personales de los ciudadanos, entre otros motivos, para recoger de forma plena un auténtico *derecho al olvido*, ya que, “a pesar del avance que la sentencia que se comenta ha supuesto en el terreno jurisprudencial, la importancia de Internet y el objetivo de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado interior exige que esta cuestión se regule a nivel comunitario de manera clara y homogénea, sin tener que recurrir de seguido al TJUE para aclarar las dudas que plantea la aplicación de la Directiva, aprobada en 1995, a las herramientas existentes en la actualidad”<sup>579</sup>. Efectivamente, el *Reglamento General de Protección de Datos* aprobado el 27 de abril del año 2016 se convirtió en el primer texto legal<sup>580</sup> que lo reguló de forma expresa, titulándolo “derecho de supresión”, pero entre paréntesis manteniendo su denominación más evocadora “derecho al olvido”.

De sus propios considerandos se puede encontrar la preocupación de la citada disposición por la figura, así el número 65 establecía que: “los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados

---

<sup>578</sup> Sobre el mismo entre otras, PALACIOS GONZÁLEZ, M., *op.cit.*, p. 6 y siguientes.

<sup>579</sup> MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, en *RJUAM*, número 30, 2014, p. 150.

<sup>580</sup> Obsérvese, ORZA LINARES, R., “La regulación del “derecho al olvido” en la Unión Europea. Aspectos críticos”, en la obra colectiva *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, coordinada por Durán Ruiz, F.J., editorial Comares, 2018, pp. 125 a 160.

han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño”, mientras que el número 66 establecía: “a fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales”.

Al tratarse, como ya se ha expresado de una norma de aplicación directa, la misma, además de crear de forma expresa y legislativa el derecho al olvido, ha supuesto, como se expresó anteriormente, dar por finalizados en el ordenamiento jurídico español, los mencionados anteriormente, derechos ARCO)<sup>581</sup>. Así, el citado *Reglamento* regula el derecho al olvido bajo el epígrafe de “*derecho de supresión*”<sup>582</sup> en su artículo 17<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> ALEJANDRA BOTANA, G., “Crónica anunciada de un Reglamento de Protección de Datos en la Unión Europea”, en *Actualidad Civil*, número 6, Junio, 2016, p. 8.

<sup>582</sup> Sobre la terminología utilizada, es decir, derecho de supresión en vez de derecho al olvido, resulta interesante la lectura de BUISAN GARCÍA, N., “El derecho de supresión en el nuevo reglamento europeo de protección de datos personales”, en *Revista Actualidad Administrativa*, número 7, 2018, pp. 3 ss.

<sup>583</sup> Artículo 17 RGPD: 1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan

La estructura del citado artículo 17 RGPD es la siguiente: en primer lugar reconoce el derecho al olvido<sup>584</sup> y determina los supuestos en que cabe su ejercicio frente al responsable del tratamiento de los datos personales; el segundo apartado se ocupa de la obligación que asume el responsable del tratamiento de los datos personales ante el válido ejercicio del derecho al olvido; mientras que el último apartado especifica los casos en los que el derecho al olvido no queda justificado, es decir, enumera una serie de límites a su ejercicio<sup>585</sup>.

Este precepto permite al usuario que considere que cierta información presente en Internet y accesible por motores de búsqueda, perjudicial para sus intereses, pueda ser desindexada siempre en cuanto medie una solicitud al responsable del tratamiento de datos personales, y se produzca una ponderación entre el interés de la información<sup>586</sup> con el daño que se está produciendo al titular<sup>587</sup> del derecho de protección de datos. Aparte

---

otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1. 2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. 3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3; d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

<sup>584</sup> Un exhaustivo análisis de dicho precepto puede encontrarse en la obra de ORZA LINARES, R.M., “El derecho al olvido contra la muerte de la privacidad”, en *Revista de la Escuela Jacobea de posgrado*, número 12, 2017, p. 9 y siguientes.

<sup>585</sup> Véase al respecto, BERROCAL LANZAROT, A.I., *El derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, editorial Reus, Madrid, 2017, pp. 227 y siguientes.

<sup>586</sup> Sobre esta cuestión, obsérvese en profundidad la obra de PAUNER CHULVI, C., “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 36, 2015, pp. 377-395.

<sup>587</sup> Respecto al titular del derecho de protección de datos personales, se puede destacar la obra de ORTEGA GIMÉNEZ, A., *op.cit.*, pp. 37 a 56. El citado autor enfoca la desprotección del titular del derecho a

del límite general descrito anteriormente, el precepto enumera una serie de limitaciones específicas al ejercicio de este derecho, a las que se debe añadir la limitación relativa a la utilización de terceros distintos del responsable de tratamiento de datos, de la información indexada por el motor de búsqueda, en estos casos conocidos como *bouncing*<sup>588</sup>, donde el motor de búsqueda que recibe la solicitud de eliminación de cierta información, debe transmitir la misma al resto de usuarios que la compartan en Internet.

En definitiva, la expresa inclusión en el *Reglamento* de un verdadero derecho al olvido, resultaba necesaria, ya que, “de lo contrario, se corría el riesgo de que se siguieran produciendo no solo vulneraciones totales o parciales de los mismos, sino que la evolución del uso de las nuevas tecnologías provocara otra serie de transgresiones en este tipo de derecho. A pesar de que estas son difíciles de prever, lo cierto es que su regulación aminora las posibles consecuencias que podrían llegar a producirse”<sup>589</sup>. Aunque parte de la doctrina considera insuficiente la regulación, planteándose por ejemplo dudas, acerca del ejercicio del derecho al olvido frente a las copias de seguridad de los responsables del tratamiento de datos o terceros a los que se le hayan cedido esos datos<sup>590</sup>.

Naturalmente, cualquier violación de este derecho dimanante del derecho fundamental a la protección de datos puede acarrear el derecho a obtener una reparación civil, como se analizará posteriormente en el trabajo actual y, como sostienen diferentes autores, considerando que, “para conseguir la eficacia real del derecho al olvido se prevén la posibilidad de imponer multas administrativas (...) a ello se suma el derecho de toda

---

la protección de datos personales, en relación, a los distintos fueros para interponer acciones contra los responsables del tratamiento de datos personales.

<sup>588</sup> BARTOLINI, C., SIRY, L., “The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject”, en *Computer Law & Security Review*, número 32, 2016, p. 229.

<sup>589</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, 2017, p. 13.

<sup>590</sup> POLITOU, E., MICHOTA, A., ALEPIS, E., y POCS, M., “Backups and the right to be forgotten in the GDPR: An uneasy relationship”, en *Computer Law and Security Review*, n° 34, 2018, pp. 1247-1257.

persona que haya sufrido daño y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del Reglamento a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos”<sup>591</sup>.

Por otro lado, las reclamaciones en vía civil que se impongan en el ejercicio de violaciones del derecho fundamental a la protección de datos, tanto por el ejercicio del derecho al olvido, como por el ejercicio de otros posibles derechos, se encuentran más protegidas desde la entrada en vigor del *Reglamento General de Protección de Datos*, ya que se establece en su artículo 79.2 una regla especial de competencia judicial internacional en materia civil, estableciendo que cuando los derechos que confiere el Reglamento hayan sido violados: “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”.

Se acaba con esta previsión la posible pretensión que ostentaban las compañías que trataban datos de los ciudadanos comunitarios con sus sedes principales sitas en terceros estados, de evitar posibles demandas por incorrectos tratamientos de datos. Además, como sostiene algún autor destacado, la previsión contenida en la anterior norma, puede utilizarse frente a prestadores de servicios sin que medie ningún contrato entre partes, es decir, en los casos de responsabilidad extracontractual, pero nada impide que pueda

---

<sup>591</sup> MINERO ALEJANDRE, G., “Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, número 1, 2017, p. 40.

utilizarse para reclamar los daños derivados de un incumplimiento del contrato entre un prestador de servicios y un consumidor<sup>592</sup>.

## **B) En la actual legislación española**

Tras la vigencia del *Reglamento comunitario*, la normativa española de protección de datos resultaba obsoleta, hecho que provocó, que aunque fuera de aplicación directa el *Reglamento*<sup>593</sup>, la aprobación de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, creándose como sostiene algún autor destacado un nuevo derecho de protección de datos<sup>594</sup>.

El artículo 93 de la *Ley Orgánica 3/2018*, establece un derecho al olvido frente a *búsquedas en Internet*, considerando el mismo que toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Además, el citado artículo deja claro que el derecho al olvido se podrá ejercer aunque fuera lícita la información, aunque en su

---

<sup>592</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos en la Unión Europea”, en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen 69, número 1, 2017, pp. 75 a 108.

<sup>593</sup> MAYOR GÓMEZ, R., “Principales novedades de la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, número 16, 2018, p. 204 y siguientes.

<sup>594</sup> Véase la obra de, RALLO LOMBARTE, A., “El nuevo derecho de protección de datos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 116, 2019, pp. 45 a 75. El citado autor se considera crítico con la escasa autonomía de la normativa nacional frente a la regulación del Reglamento europeo, considerando que: “el nuevo derecho de protección de datos ha impactado sensiblemente en el sistema constitucional de fuentes normadoras del derecho fundamental al producirse la abducción de un derecho constitucional, convertido en derecho exclusivamente europeo, y al devaluarse la posición constitucional de la ley orgánica limitada a garantizar la aplicación efectiva del reglamento adaptándolo y completándolo conforme a las tradiciones jurídicas nacionales y con el objetivo primario de garantizar la seguridad jurídica que coadyuve a su plena efectividad”.

apartado segundo, establece el campo de acción del derecho al olvido, no facultando el mismo para el borrado de la información<sup>595</sup>, ya que no se impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

Además, el artículo 94 regula expresamente un derecho al olvido frente a las *redes sociales*, estableciéndose que toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. Ahora bien, en el caso de que los datos hayan suministrados por un tercero, se necesitará para poder suprimirlos que los mismos resulten inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información, a no ser que fueran datos de un menor de edad, ya que los mismos deberán ser suprimidos por la simple solicitud, sin necesidad de realizar ponderación alguna.

Al regular solo dos supuestos de ejercicio de derecho al olvido, uno frente a la búsquedas de Internet y otro, frente a las redes sociales, parecería que solo se podría ejercitar frente a estos dos sujetos pero realmente, se puede incluso ejercer frente a los

---

<sup>595</sup> Como se ha advertido, el derecho al olvido no faculta a quien lo ejercita a borrar la información, sino dificulta el acceso a misma, ya que a través de la introducción de su nombre no aparecerá tal resultado. Por eso, debemos de nuevo disentir, con autores que consideran que se debería haber incidido en la facultad de borrado de la información, incluso de forma automática, como sostiene algún autor, en la nueva regulación del derecho al olvido. Obsérvese en este sentido, la obra de SANCHO LÓPEZ, M., “Garantías legales del concepto de privacidad: Entre el derecho al olvido y el nuevo reglamento de protección de datos”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 9, 2018, p. 196: “Por ello, un paso más allá y sin duda deseable sería lograr el borrado automático de ciertos datos personales en la Red, sin necesidad de que el propio interesado tenga que dar ningún paso para obtener dicho resultado, sino que bastase con establecer plazos automáticos de caducidad”.



editores principales de las webs<sup>596</sup>, como se analizará en los diferentes pronunciamientos judiciales nacionales sobre la materia.

Ahora bien, ha de notarse que la denominación del artículo 94 de la actual norma de protección de datos española no puede encontrarse más errada. Si se parte de la consideración, como hemos sostenido de manera reiterada, que el derecho al olvido no permite el borrado de la información tratada de manera incorrecta por el responsable del tratamiento de datos, ya que por el transcurso del tiempo, su tratamiento no cumple con el criterio de calidad en el tratamiento de datos personales y su acceso por terceros mediante la inclusión de los datos personales del nombre y apellido de una persona, provoca un daño al mismo, facultando al mismo a pedir únicamente la indexación del enlace, difícilmente podrá denominarse como derecho al olvido, las facultades que se expresan en el artículo 94 frente a las redes sociales. En efecto, lo que en citado artículo se regula, es un auténtico derecho al borrado o supresión, de los datos allí existentes, es decir, los mismos deberán desaparecer para siempre si se dan las condiciones necesarias, no resultando accesibles de ninguna manera ni por el propio titular, ni por ningún tercero en el futuro.

El artículo 96 que regula en parte un derecho al olvido para las *personas fallecidas*<sup>597</sup>. En parte, porque su apartado primero faculta a los herederos o personas vinculadas por razones familiares o de hecho<sup>598</sup> a ejercerlo frente a los contenidos existentes del fallecido

---

<sup>596</sup> GUICHOT, E., “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español”, en *Revista de Administración pública*, número 209, 2019, p. 82 y siguientes.

<sup>597</sup> El citado precepto no se aplicará si existe previsión de Derecho civil foral o especial al respecto, como establece su apartado cuarto. En el presente momento solo Cataluña cuenta con tal regulación, en su Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Sobre la misma puede verse la obra de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., “Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad”, en *Actualidad Civil*, número 7, 2017, pp. 74 a 78.

<sup>598</sup> Sobre la posibilidad que no solo sean los herederos sino también otros sujetos los legitimados para ejercitar este derecho al olvido, considera algún autor destacado que provocará un aumento de la inseguridad jurídica. Véase al respecto la obra de, ADSUARA VALERA, B., “Derechos de rectificación, supresión y portabilidad y de limitación y oposición”, obra coordinada por Rallo Lombarte, A., *Tratado de*

en Internet, lo que si se constituye como un auténtico derecho al olvido, pero su apartado segundo permite también a los mismos sujetos poder eliminar los perfiles existentes en las redes sociales<sup>599</sup>, hecho que en consonancia con lo esgrimido anteriormente por nosotros, no puede considerarse como un verdadero derecho al olvido. Ahora bien, en ambos casos habrá que respetarse las instrucciones del fallecido en su testamento al respecto si las hubiera indicado, lo que se ha denominado por parte de la doctrina como voluntades digitales<sup>600</sup>, opinando alguna autora destacada al respecto y compartiéndose por nuestra parte que, “la implantación de esta tutela post mortem de los datos personales qué duda cabe que generará importantes problemas cuando quien ejercite las correspondientes acciones no siga, a juicio del resto de legitimados, las instrucciones recibidas de la persona fallecida”<sup>601</sup>.

#### **IV. EL DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

Se estudian, en las siguientes páginas, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, primero las de su Sala Primera, de lo Civil y, posteriormente por su Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, además de la única sentencia sobre el derecho al olvido pronunciada, hasta el momento, por el Tribunal Constitucional. Se expondrán en un orden cronológico, para facilitar así una mayor comprensión de los avances de la figura, dejando para el siguiente apartado las referencias a la responsabilidad civil derivada de los daños

---

*Protección de Datos: Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los Derechos Digitales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 323 ss.

<sup>599</sup> Para profundizar, obsérvese la obra de MORETÓN SANZ, M.F., “Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 772, 2019, pp. 955 a 977.

<sup>600</sup> SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: Marco normativo actual”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 71, número 2, 2018, p. 418 y siguientes.

<sup>601</sup> MINERO ALEJANDRE, G., “Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, número 52, 2019, p. 147.

producidos en el derecho fundamental a la protección de datos, como consecuencia del ejercicio del citado derecho, ya que el citado análisis constituye el objeto principal, junto a los supuestos de vulneraciones del derecho fundamental a la protección de datos por la actuación de las redes sociales, en la presente tesis doctoral.

### **A) Análisis de las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo**

Siguiendo un orden cronológico, la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo se pronunció el día *15 de octubre de 2015*<sup>602</sup>, y en ella se analiza la posibilidad de aplicar el derecho al olvido, no solo a los motores de búsqueda, sino también a las hemerotecas digitales de los periódicos. La sentencia resuelve un caso de derecho al olvido digital, donde una serie de personas condenadas en la década de 1980 por delitos de tráfico de drogas y que se encuentran con que más de 30 años después, cuando alguien introduce sus nombres en los motores de búsqueda de Internet, aparecen resultados con enlaces a la hemeroteca digital del periódico *El País*, donde se narra la noticia de su detención con nombres y apellidos. Los perjudicados por la publicación digital, ejercitaron sus derechos de cancelación y oposición para que desaparecieran de la hemeroteca digital, pero *El País*, se negó a retirar dicha información, haciendo referencia a la libertad de información y el ejercicio de la actividad periodística, por lo que interpusieron la oportuna acción judicial frente al periódico.

La Audiencia Provincial de Barcelona obligó al diario *El País* a adoptar las medidas tecnológicas necesarias para que la información no fuera indexada por los motores de búsqueda en Internet y, además, también le obligaba a eliminar la referencia de los

---

<sup>602</sup> Esta sentencia puede verse comentada también en la obra RUBIO TORRANO, E., “El derecho al olvido digital”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 1, 2016, pp. 1 a 4. Para nosotros, dicha sentencia goza de verdadera importancia en el marco de lo que se ha venido en llamar el derecho al olvido digital y, entre otras, en la obra de ESCOBAR ROCA, G., “Derecho al olvido en hemeroteca digital”, en *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, nº 2, 2016, pp. 33-38.

nombres y apellidos de la propia noticia original, decisión que fue considerada como “desproporcionada” por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de análisis. Los principales argumentos seguidos por el Tribunal Supremo fueron los siguientes:

En su fundamento de derecho 5º, la Sala razona sobre el alcance del derecho fundamental de protección de datos personales que es uno de los gérmenes del derecho al olvido. Para el Alto Tribunal: *“el derecho al olvido digital no puede tener como consecuencia la declaración de ilicitud de la información publicada en su día”*. No obstante, el Tribunal Supremo considera aquí que, aunque la información publicada sea verdadera, puede prosperar el derecho al olvido, es decir, se puede solicitar que desaparezca cierta información perjudicial para una persona, por el simple devenir del tiempo.

El Tribunal razona sobre la existencia de una actividad jurídica desarrollada por la propia hemeroteca del diario *El País*, es decir, el tratamiento de datos personales, ya que, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo haga referencia a los motores de búsqueda, el resto de servidores webs en la medida que ponen información disponible al público, también realizan dicha actividad, y deben cumplir las normativas de protección de datos personales. Además, conviene recordar lo apuntado en la sentencia: *“los editores de páginas webs tienen la posibilidad de indicar a los motores de búsqueda en Internet que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, mediante el uso de protocolos de exclusión como robots.txt”*<sup>603</sup>.

Una vez determinada la actividad jurídica realizada por la hemeroteca digital del diario *El País*, el Tribunal hace referencia en su fundamento jurídico 6º, a la ponderación de

---

<sup>603</sup> STS de 15 de octubre de 2015, fundamento jurídico quinto, apartado 2.

derechos existentes en la cuestión, es decir, el alcance de la libertad de información en el ejercicio del denominado derecho al olvido. Para ello, la Sala, parte de la exposición del principio de calidad de los datos, principio, que en síntesis, exige que los datos sean tratados de manera correcta, guardando correspondencia con la finalidad que persiguen.

Es obvio que en este caso los datos no son falsos, y que los perjudicados en el proceso fueron condenados en los años 80 del siglo pasado por un delito de tráfico de drogas, la cuestión jurídica que ahora se ventila con el tratamiento de dichos datos, viene determinado por el transcurso del tiempo. Efectivamente, el Tribunal se pregunta si el devenir del tiempo, no ha provocado que dicha información haya quedado obsoleta, y su tratamiento no guarde correspondencia con la finalidad de la publicación de dicha noticia. En palabras de la propia Sala: *“el factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo en que se produce ese tratamiento”*<sup>604</sup>.

Para el Tribunal Supremo, el ejercicio de la libertad de información no debe confundirse con el cotilleo o la “maledicencia”, es decir, la libertad de información debe cubrir el denominado interés público, interés que puede radicar en personas con cargos públicos o con cierta relevancia en la sociedad en general. Pero, parece discutible, que esta relevancia pública concurra en personas condenadas por un delito muchos años atrás y, que no gozan de reconocimiento por parte de la sociedad, pues: *“en el caso de recurso, los hechos habían tenido lugar más de veinte años antes de que las personas demandantes hicieran uso frente a Ediciones el País de su derecho a la cancelación del tratamiento de*

---

<sup>604</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico sexto, apartado 3.

*datos personales, estas personas carecen de relevancia pública y su implicación en los hechos carece también de cualquier interés histórico*”<sup>605</sup>.

En función de lo expresado anteriormente, el Tribunal Supremo concluye declarando la vulneración del derecho fundamental de protección de datos personales producida por la hemeroteca del diario *El País* y obligando al periódico, a adoptar las medidas tecnológicas necesarias, para evitar que los motores de búsqueda puedan acceder a dichas noticias en la hemeroteca<sup>606</sup>. En cambio, el Tribunal no obliga al diario *El País* a eliminar los datos personales de los perjudicados en la noticia publicada en su hemeroteca digital<sup>607</sup>, ya que a su juicio: “*el derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día*”<sup>608</sup>.

De la citada sentencia se puede extraer que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consideró en el año 2015 que el derecho al olvido no puede extenderse frente a las hemerotecas digitales de los diarios que se encuentran amparados por el ejercicio de la actividad periodística, hecho controvertido<sup>609</sup> y como se expondrá, revocado posteriormente por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>605</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico sexto, apartado 7.

<sup>606</sup> Resulta cuanto menos controvertida, la opinión de algún autor en relación al alcance del derecho al olvido frente a los motores de búsqueda en la sentencia objeto de análisis, evidentemente la misma se encuentra fundada en una visión negativa de la figura. Obsérvese así, la obra de PAZOS CASTRO, R., “El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, número 4, 2016, p. 18: desde mi punto de vista, el derecho reconocido por el Tribunal Supremo no impide en realidad que la página web en cuestión sea indexada por un motor de búsqueda generalista. El buscador puede incorporar la página controvertida a su base de datos. Y puede detectar que esa página es la que probablemente desearía consultar el internauta que introduce el nombre de una persona en el motor. Lo que no puede hacer es indicarle al internauta que esa página existe cuando la búsqueda se efectúa a través del nombre de una persona y en un buscador generalista”.

<sup>607</sup> ABERASTURI GURRIÑO, U., “Derecho a ser olvidado en Internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 175, 2016, p. 268 y siguientes.

<sup>608</sup> STS de 15 de octubre de 2015, fundamento jurídico sexto, apartado 3.

<sup>609</sup> PIZARRO MORENO, E., “Celada al derecho al olvido. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 41, 2016, pp. 330 ss.

La segunda sentencia de la misma Sala que abordó el derecho al olvido está fechada el 5 de abril del año 2016. El asunto giraba en torno a una publicación mediante Real Decreto en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), donde se recogía un indulto por unos hechos delictivos cometidos en el año 1981 por una persona sin relevancia pública<sup>610</sup>, y quien en el año 2009 comprobó al introducir su nombre y apellidos en el buscador de *Google* aparecía en primer lugar el citado resultado con la información completa del indulto, creándole un perjuicio en su vida personal y profesional.

Pues bien, el 8 de enero del año 2009 dirige una solicitud al *Boletín Oficial del Estado* para que elimine el citado resultado, recibiendo respuesta negativa pero con algún matiz importante, ya que el órgano estatal eliminó la posibilidad de que se pudiera localizar por los datos personales de nombre y apellido aquel indulto de su buscador y, adoptó las medidas necesarias para comunicar a los buscadores que no debían mostrar aquel resultado cuando se introdujera como búsqueda el nombre del interesado, pero aun así, *Google* decidió hacer caso omiso a tal mandato<sup>611</sup>. Ante este comportamiento y tras una sanción por parte de la *Agencia Española de Protección de Datos* a la empresa *Google* el particular perjudicado inició el proceso judicial que culminó en la sentencia del Tribunal Supremo objeto de análisis, después de un recurso presentado por *Google* ante la decisión de la Audiencia Provincial de considerarle responsable de un incorrecto tratamiento de datos personales y obligándole en su fallo a retirar los citados enlaces.

---

<sup>610</sup> La Audiencia Nacional denegó en su sentencia de 5 de junio del año 2015 el ejercicio del derecho al olvido solicitado por un abogado implicado en la defensa y además imputado, donde pedía la desindexación de diferentes noticias públicas relacionadas con el conocido caso de corrupción política “Gürtel”, que aparecían en el buscador *Google* al introducir sus datos personales de nombre y apellidos. En concreto su fundamento jurídico décimo estableció: “En el presente caso nos encontramos ante la implicación del reclamante en unos hechos que continúan teniendo una notable relevancia pública, pues se trata de una red de corrupción, que operaba principalmente en las Comunidades de Madrid y Valencia. El actor se encuentra actualmente imputado en dicha trama por lo que, si bien han transcurrido unos años desde las noticias, la relevancia de los hechos en cuestión hace que no pierdan relevancia pública actual, no siendo atendible que las informaciones sobre su persona sean obsoletas”.

<sup>611</sup> Obsérvese, PIZARRO MORENO, E., “El derecho al olvido nacido de ninguna parte”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 44, 2017, pp. 1 a 10.

La principal problemática que tenía que resolver el Tribunal Supremo se derivaba precisamente del carácter oficial del resultado ofrecido en su búsqueda, pues se trataba de un Real Decreto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, argumento utilizado constantemente por *Google* en su recurso<sup>612</sup>. Al respecto el Tribunal Supremo razona en el apartado quinto del fundamento jurídico 5º que: “*la sentencia de la Audiencia Provincial no ha declarado que Google haya vulnerado la normativa sobre protección de datos cuando trató los datos personales del demandante al indexarlos y comunicar el vínculo de la página web que publicara el indulto a los internautas que hicieran una búsqueda utilizando esos datos. Ha declarado que tal vulneración se produjo cuando, más de diez años después de la publicación del indulto, tras ser requerida por el afectado para que cancelara el tratamiento automatizado de esos datos personales con relación a la página web que publicaba el indulto, Google siguió realizando dicho tratamiento automatizado de los datos personales del demandante en relación al indulto durante varios meses*”.

El Tribunal Supremo vuelve a aplicar el factor tiempo para determinar la ilicitud en el tratamiento de los datos personales por el motor de búsqueda<sup>613</sup>: “*no está justificado un tratamiento como el que realiza Google, que supone que cada vez que alguien realiza una búsqueda con cualquier finalidad aparezca entre los primeros enlaces el que informa sobre los hechos delictivos que cometió una persona en un pasado lejano, aunque sea indirectamente, a través de la información sobre el indulto que le fue concedido*”<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> CORTÉS FERNÁNDEZ, B., y DE AGUIRRE MIRAL, J.M., “De nuevo sobre el derecho al olvido de internet. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 (210/2016)”, en la obra colectiva coordinada por Yzquierdo Tolsada, M., *Comentarios a la sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, editada por Dykinson, Madrid, volumen 8, 2016, p. 412 y siguientes.

<sup>613</sup> DI PIZZO CHIACCHIO, A., “Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso “Google Spain”. La interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, volumen 115, número 4, p. 950 y siguientes.

<sup>614</sup> STS de 5 de abril de 2016, fundamento jurídico quinto, apartado 12.



Por tanto hasta el momento, en las dos primeras sentencias civiles analizadas, sin analizar las repercusiones indemnizatorias que se analizarán más adelante, se puede observar como *el factor tiempo es determinante en el olvido digital* que no está prediseñado para olvidar nada<sup>615</sup>, ahora bien, ese factor quizás debería ser delimitado pues también se ha usado, como en las sentencias de la *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 y 13 de julio de 2017*, precisamente para desestimar solicitudes con base al derecho al olvido.

En ambos fallos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve dos solicitudes de derecho al olvido, ejercidas por dos acusados de un delito de asesinato en el año 1997 del que, sin embargo, ambos fueron absueltos. Son los conocidos mediáticamente como “los crímenes de Calicanto”, donde dos ciudadanos alemanes fueron asesinados violentamente en su domicilio, pues bien, los acusados no fueron juzgados por los hechos por la Audiencia Provincial de Valencia, hasta el 28 de mayo de 2012, donde por falta de pruebas fueron absueltos de los delitos que se les imputaba. En el proceso civil compareció el *Diario Levante* que publicó una foto de uno de los acusados junto a la noticia del juicio y su absolución en su diario digital, pero eso sí, sin identificar las fotos con su nombre y apellidos, hecho que provocó que en el año 2014 los fotografiados solicitarán la eliminación de la noticia ante los Tribunales, cuestión negada en primera y segunda instancia y que ha dado origen a la sentencia del Supremo en cuestión.

El Tribunal Supremo negó la posibilidad de ejercer el derecho al olvido en este supuesto en base a diferentes argumentos. En primer lugar, consideró que una imagen sin la correspondiente identificación de la misma con nombre y apellidos, no puede

---

<sup>615</sup> MURGA FERNÁNDEZ, J.P., “El derecho al olvido digital en un supuesto de concesión de indulto versus la libertad de información. A propósito de la STS del Pleno de la Sala Primera del TS, de 5-4-2016 y la reciente jurisprudencia dictada en la materia”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 34, 2016, p.1617.

considerarse hecho de entidad suficiente para ejercer el citado derecho, afirmando al respecto el Tribunal en su fundamento jurídico 5º: *“aunque se puede acceder a la noticia original en su versión digital en Internet, no es posible hacerlo mediante una búsqueda en la que se utilicen los datos personales del recurrente, porque incluso si se considerara que la imagen de una persona puede ser considerada, en un sentido amplio, un dato de carácter personal en tanto que tiene la consideración de tal cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, no se ha alegado siquiera que existan medios técnicos que permitan utilizar la imagen como término de búsqueda en un motor de búsqueda de Internet que permita realizar un perfil completo de esa persona que incluya informaciones obsoletas gravemente perjudiciales para su reputación o su vida privada”*.

Al respecto, conviene recordar que la imagen es un verdadero dato personal<sup>616</sup>, aunque se protege, especialmente, por la vía del art. 18.1 CE y la *Ley Orgánica 1/1980, de 5 de mayo*, y “no queda sometida a la normativa sobre protección de datos de carácter personal más que cuando se realiza con ella una serie de tratamientos que facilitan su manejo, y respecto de los cuales los Estados miembros habrán de delimitar sus contenidos”<sup>617</sup>. Por ello, compartimos el razonamiento del Tribunal Supremo, aunque realizando una importante matización, ya que, si los avances tecnológicos permitieran, cuestión que no parece muy lejana, realizar una búsqueda (automatizada) de una noticia con el simple uso de una imagen, sí podría considerarse entonces, que el supuesto analizado se enmarca dentro de los límites necesarios para el ejercicio del derecho al olvido.

---

<sup>616</sup> BERDAGUER MOSCA, J., “La imagen como dato personal”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, número 6, 2018, p. 31 y siguientes.

<sup>617</sup> REBOLLO DELGADO, L., “La imagen como dato”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 2, 2009, p. 196.

El segundo motivo por el que se rechaza el ejercicio del citado derecho es, como se enunció con anterioridad el factor tiempo. Así, en el fundamento jurídico quinto considera que: *“la información publicada venía referida al enjuiciamiento por el tribunal del jurado de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social, el asesinato de dos personas, que seguía teniendo una notoria actualidad en ese momento porque fue entonces cuando se celebró la vista en que se pretendía juzgar a uno de los imputados por dicho crimen, por más que los delitos se hubieran cometido bastante años antes. Por tanto, más allá de que no se incluyeran datos personales como el nombre y apellidos del recurrentes que permitieran acceder a dicha información mediante su inclusión en un motor de búsqueda, ni general ni interno del periódico, el escaso tiempo transcurrido (la demanda se presentó apenas dos años después del juicio) no convertía en desproporcionado el tratamiento respecto a la imagen del demandante, que ilustra la noticia en la versión digital”*.

En relación al segundo motivo esgrimido por el Tribunal Supremo, también debemos mostrarnos en sintonía con el mismo, pero haciendo notar una particularidad: en efecto, parece evidente que presentar una demanda solicitando el derecho al olvido de una información veraz que solo cuenta con dos años de existencia no es suficiente para considerar que el tratamiento de esos datos no cumple ni con el criterio de calidad, ni el de finalidad exigido por la normativa de protección de datos. Ahora bien, ¿dónde está el límite?, ¿cuántos años se consideran suficientes? Este vacío legal tal vez sea uno de los aspectos más oscuros, por inseguro, de la regulación nacional y comunitaria del derecho, ya que, sin ningún criterio normativo orientador, los tribunales han de apreciar el tiempo necesario para poder estimar o no, las solicitudes del ejercicio del derecho al olvido.

A raíz de la publicación de la citada sentencia, se cuestiona la doctrina si tales resoluciones judiciales sobre el ejercicio del derecho al olvido que sean desestimadas por

los tribunales, no pueden provocar un efecto adverso al buscado, es decir, revivir la información que se desea olvidar, pues “la sentencia es una buena muestra del efecto contraproducente que en ocasiones se asocia al ejercicio del derecho al olvido, apodado *efecto Streisand* (...) la desmesurada repercusión jurisprudencial en la que se decida si se estima o no la pretensión de ejercicio del derecho al olvido realizada por una persona para tratar de impedir que una página web siga publicando una información que afecta a sus bienes de la personalidad o que un buscador siga indexando en sus listas de resultados vínculos a dichas publicaciones”<sup>618</sup>.

### **B) El criterio restrictivo en la interpretación del ejercicio del derecho al olvido seguido por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**

Al margen de las resoluciones civiles de carácter indemnizatorio que se analizarán más adelante, corresponde aproximarse a la Sala de lo Contencioso-administrativo, cuyo sentido de sus sentencias difieren en gran medida de las soluciones adoptadas por su vecina Sala de lo Civil. En concreto, debe analizarse en primer lugar, la *sentencia de 14 de marzo de 2016*<sup>619</sup> en la que destaca la notable diferencia de razonamientos y criterios entre ambas Salas en relación a la aplicación del derecho al olvido digital<sup>620</sup>.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su crucial sentencia de 13 de mayo de 2014 que supuso el auge de la figura en cuestión, la filial española *Google Spain*, dedicada a la gestión publicitaria, fue considerada responsable del tratamiento y por tanto,

---

<sup>618</sup> MINERO ALEJANDRE, G., “Publicación de la imagen tomada en la sala de vistas, absolución del acusado y derecho al olvido. Los límites del derecho al olvido y el lícito ejercicio de la libertad de información”, en *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, 2018, p. 7.

<sup>619</sup> La teoría mantenida por la sentencia en cuestión fue mencionada con posterioridad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta en 7 sentencias posteriores, del mes de junio y julio del año 2016 concretamente.

<sup>620</sup> Para profundizar en ello, obsérvese la obra de CARRASCOSA LÓPEZ, V., y JAUME BENNASAR, A., “El derecho al olvido y la legitimación pasiva del responsable del tratamiento. El criterio del Tribunal Supremo”, en la obra colectiva coordinada por González Pulido, I., *Hacia una justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, editorial Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 55 a 66.

los ciudadanos podrían demandarla en caso de incorrectos tratamientos de datos personales. Tal postura la acogió la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sin reserva alguna, pero como se avanzó, la Sala de lo Contencioso-administrativo optó por el criterio opuesto, considerando que *Google Spain* no puede considerarse responsable del tratamiento y por ende, no puede demandarse directamente a ella, sino a la matriz situada en Estados Unidos.

Entre los principales argumentos utilizados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo destacan dentro de su fundamento jurídico 7<sup>a</sup> los siguientes: *“si el TJUE se plantea la cuestión de la aplicación de la norma comunitaria en base a que el tratamiento de datos realizado por un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado Tercero (...), ninguna necesidad de ello habría si se considerara corresponsable también, genéricamente, como mantiene la Sala de Instancia, a Google Spain con domicilio social en España”*.

Y añade lo siguiente: *“el TJUE deja claro que no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado por el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice en el marco de las actividades de éste, con lo que se deja claro de nuevo que no se trata de que el establecimiento en cuestión, Google Spain, participe en el tratamiento de datos sino de que dicho tratamiento se efectúa en el ámbito de sus actividades de promoción de espacios publicitarios, actividad distinta a la determinación de fines y medios del tratamiento que determina la corresponsabilidad”*.

Para concluir con sus razonamientos, la Sala termina negando la participación de *Google Spain* en la actividad principal del motor de búsqueda considerando que: *“no participa en forma alguna en la determinación de los fines y medios del tratamiento (...) ya que ni puede fundarse lo anterior en la vinculación mercantil o empresarial que existe*

*entre las compañías, que es lo que en definitiva sostiene la sentencia recurrida, pues la coparticipación, desde su propia definición semántica como acción de participar a la vez con otro en algo, alude a la idea de participación conjunta en algún resultado o acción”.*

De aplicar el criterio mantenido por las sentencias citadas, el ejercicio del derecho al olvido se resentiría gravemente, o sería estéril, porque obligaría a dirigir las demandas a compañías sitas fuera de la Unión Europea, cuestión que provocaría una incorrecta (muchas veces imposible en la práctica) tutela en el tratamiento de datos personales de los usuarios comunitarios. Ahora bien, debe destacarse que, los efectos de la citada sentencia han sido muy limitados, como aventurada y acertadamente, precisó parte de la doctrina, al considerar al respecto que “su relevancia para los usuarios que pretendan ejercitar su derecho es nula, ya que no hace sino confirmar la configuración del derecho al olvido creada por el TJUE y por la Audiencia Nacional (AN), y que se caracteriza por la potestad de solicitar la desindexación de resultados de búsqueda que incluyan datos inexactos, no pertinente, excesivos o no actualizados obtenidos mediante la búsqueda del nombre y apellidos del solicitante”<sup>621</sup>.

Dichos efectos han sido limitados por dos motivos: en primer lugar, por la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos que, como se ha expuesto, permite presentar reclamaciones civiles que, son en realidad las que deben entablar las personas que deseen recuperar el daño sufrido en el tratamiento de sus datos personales, en el propio domicilio del usuario (un país de la Unión Europea) que ha sufrido el daño; y en segundo lugar, por que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo muy pronto se desmarcó del pernicioso criterio adoptado por su vecina Sala Tercera, debido a que, afortunadamente, es el orden civil el que aborda la cuestión desde la óptica de la lesión

---

<sup>621</sup> MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., “La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm.574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, en *Diario La Ley*, número 8733, abril .2016, p. 3.

de los derechos fundamentales; y, el orden contencioso-administrativo las impugnaciones frente a las resoluciones de la *Agencia Española de Protección de Datos*, por lo que puede entenderse que la noción de responsable del tratamiento en dichos casos se ha interpretado de manera distinta<sup>622</sup>.

La Sala Primera, con buen criterio a nuestro juicio, consideró inmediatamente que no se encontraba sujeta a los razonamientos de la Sala Tercera sobre la falta de responsabilidad del tratamiento por parte de *Google Spain*, determinando - diplomáticamente- que “*en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo se están resolviendo en relación a resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos-administrativos, en las sentencias en vía civil, se está ante un proceso que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales del demandante, en concreto los derechos al honor, a la intimidad y a la protección frente al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal*”<sup>623</sup>.

A pesar de lo anterior y, que en lo que importa al objeto del presente trabajo, es decir las reclamaciones indemnizatorias en vía civil por incorrectos tratamientos de datos personales derivadas del ejercicio del derecho al olvido, quedarían cubiertas. Ha de notarse que la citada disparidad de criterios rectores es perjudicial, ya que como se sostiene acertadamente por la doctrina, ello produce que “la misma desoriente a los interesados y, no contribuye a configurar el derecho al olvido de una forma clara, considerando oportuno que ambas Salas apliquen un concepto homogéneo de

---

<sup>622</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google”, en *Diario La Ley*, número 8773, mayo, 2016, pp. 1 a 6.

<sup>623</sup> STS de 5 de abril de 2016, fundamento jurídico tercero, punto 13.

responsables del tratamiento, ya fuera el estricto o el amplio, a fin de incrementar la seguridad jurídica”<sup>624</sup>.

La última sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo sobre el derecho al olvido, al momento de redactar estas líneas, se pronunció el 11 de enero de 2019, donde resuelve un asunto sobre el ejercicio del derecho al olvido frente a una información inexacta publicada en Internet, hecho novedoso hasta entonces, ya que el resto de pronunciamientos versaban sobre asuntos donde no se discutía la veracidad y sin embargo, provocaban un ilícito tratamiento de datos personales por el transcurso del factor tiempo<sup>625</sup>.

El caso provenía de un recurso interpuesto por *Google Inc.* frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de julio del año 2017, que le obligaba a desindexar una noticia del diario *El País* del año 2007, que identifica con nombre y apellidos a una serie de funcionarios de la Xunta de Galicia que habían sido denunciados por realizar caza furtiva, hecho que la Audiencia Nacional certificó que no veraz al completo, pues contaban con la correspondiente autorización para cazar y la denuncia fue interpuesta por proferir una serie de amenazas.

El Tribunal Supremo había de resolver si el ejercicio de la libertad de información, esgrimido por *Google* en su recurso, está supeditado al ejercicio del derecho al olvido o al contrario. Pues bien, para que el ejercicio de la libertad de la información pueda triunfar frente al derecho al olvido, será necesaria que la citada información sea veraz, considerando el Tribunal al respecto en su fundamento jurídico 2º que: “*el requisito de la veracidad, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información*

---

<sup>624</sup> MARTÍNEZ OTERO, J., “La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja”, en *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero, 2017, p. 126.

<sup>625</sup> ELDUAYEN IBÁÑEZ, M., “El TS reconoce el derecho al olvido frente a noticias sustancialmente erróneas o inexactas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2019, p. 1 y siguientes.



*colisiona con el derecho al honor, no insta a que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquellos con la diligencia exigible a un profesional de la información”.*

Tras fijar el concepto de “veracidad”, el Tribunal Supremo concluye considerando que la noticia a la que se accede usando los datos personales de los reclamantes es inexacta y por tanto *Google* como estableció la sentencia recurrida debe adoptar las medidas necesarias para no vincular sus datos personales (nombres y apellidos) a un resultado donde se muestra la citada noticia<sup>626</sup>. Además, se trata del primera sentencia que cita expresamente a la regulación sobre el derecho al olvido contenida en la *Ley Orgánica 31/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, haciendo mención expresa al contenido de su artículo 93 que faculta, como tantas veces hemos expuesto, a ejercitar el derecho al olvido frente a las empresas titulares de los motores de búsqueda en Internet cuando la información en cuestión fuera inexacta, o veraz, pero en éste último caso, cuando el paso del tiempo puede ser considerado como elemento de valoración de su eliminación en la lista de resultados.

### **C) El derecho al olvido es aplicable a las hemerotecas digitales de los periódicos en Internet, según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional**

Solo se dictado un fallo por el Tribunal Constitucional, al momento de redactar estas líneas, en relación al ejercicio del derecho al olvido digital, y fue la STC 58/2018, de 4 de junio<sup>627</sup>. El Tribunal Constitucional resolvía un recurso interpuesto contra la STS de 15 de octubre de 2015 ya comentada más arriba, que ordenó a *Google* adoptar las medidas

---

<sup>626</sup> DÍEZ BALLESTEROS, J.A., “Derecho al olvido digital: condena a Google a la eliminación de una noticia sobre la vida privada de una persona de sus motores de búsqueda dada su falta de veracidad e inexactitud”, en *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, número 4, 2019, pp. 43 ss.

<sup>627</sup> OBISPO TRIANA, C., “Cuando la libertad de información cede frente al derecho al olvido de los datos personales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10, 2018, pp. 1 a 4.

necesarias para que al introducir los nombre y apellidos de los condenados por un delito de narcotráfico en el año 1980, no apareciera en su lista de resultados en la noticia del diario *El País*, donde se les identificaba y relacionaba con los citados hechos. No obstante, en este fallo, el Tribunal Supremo no extendió el ejercicio del derecho al olvido frente a las hemerotecas digitales de los diarios y periódicos difundidos por Internet, ya que - sostenía- su labor se encontraba amparada en el ejercicio de la actividad periodística, razonamiento que constituye el motivo del recurso interpuesto.

El Tribunal Constitucional analiza en su sentencia la naturaleza del “derecho al olvido” al que le otorga la categoría de “fundamental y autónomo”, como derivación del derecho fundamental a la protección de datos. Así, respecto su autonomía en su fundamento jurídico 5 considera que: *“el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”* y, respecto de su carácter de derecho fundamental, razona en el mismo fundamento jurídico que: *“si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es porque se integra entre ellas, el derecho al olvido (...) este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derecho fundamentales”*.

Tras elevar a la categoría de derecho fundamental el derecho al olvido y destacar su importante carácter autónomo respecto al resto de derechos de la personalidad, el Tribunal Constitucional tumba el límite interpuesto por el Tribunal Supremo y considera que es posible solicitar la desindexación de los resultados obtenidos en una hemeroteca digital, cuando se produzca un perjuicio en el derecho fundamental a la protección de datos de

las personas cuyos nombres y apellidos son introducidos y, se conduce a una determinada noticia cuyos hechos sean pasados en el tiempo y, las citadas personas no ostenten relevancia pública. Así, en su fundamento jurídico 8 afirma que lo anterior constituye: *“una medida limitativa de la libertad de la información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes”*.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional vuelve a fijar otro límite respecto al alcance del derecho al olvido frente a las hemerotecas de los diarios digitales, un límite que nosotros consideramos aceptable, ya que determina que ello no puede suponer el borrado de la noticia publicada de forma veraz en su momento ni la eliminación de los nombres y apellidos de la noticia en cuestión, hechos que concuerdan con un entendimiento del derecho al olvido como un “derecho a dificultar el acceso a la información perjudicial” y no, como se criticó en su momento, como un derecho al borrado de la información<sup>628</sup>. Así, en este mismo fundamento jurídico 8 establece al respecto que: *“una vez impedido el acceso a la noticia a través de la desindexación basada en el nombre propio de las personas recurrentes, la alteración de su contenido ya no resulta necesaria para satisfacer los derechos invocados por las personas recurrentes, pues la difusión de la noticia potencialmente vulneradora de éstos, ha quedado reducida cuantitativa y cualitativamente, al desvincularla de las menciones de identidad de aquéllas”*.

---

<sup>628</sup> También para amparar el ejercicio de determinadas actividades periodísticas e investigadoras, como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho al Olvido”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10, 2018, p. 3.

En su fallo, el Tribunal Constitucional destaca la importancia del factor tiempo para valorar si prospera o no el ejercicio del derecho al olvido, aunque tampoco fija un periodo de tiempo concreto, ni establece unas consideraciones o pautas para su correcta interpretación, limitándose a expresar en este fundamento jurídico 8 que: “*el transcurso de tan amplio margen de tiempo ha provocado que el inicial interés que el asunto suscitó haya desaparecido por completo*”.

Al respecto, en otras materias específicas, la normativa de protección de datos personales sí que ha previsto plazos concretos sobre la ilicitud en el tratamiento de datos como consecuencia por el transcurso del tiempo, como en el supuesto de los ficheros de insolvencia patrimonial, donde la LOPD del año 1999, establecía en su artículo 29.4 que no se podrían realizar tratamientos sobre deudas cuando hubieran transcurrido seis años desde su vencimiento<sup>629</sup> y, la *Ley Orgánica de 2018*, fija ahora ese periodo en cinco años<sup>630</sup>. Quizás, fuera necesario que el legislador avanzara en la regulación del derecho al olvido en el citado aspecto, es decir, en la fijación de un periodo de tiempo considerado mínimo, para poder ejercitar el mismo, con independencia que la ponderación de los derechos que deba realizarse posteriormente, determine que la citada acción no pueda prosperar<sup>631</sup>.

---

<sup>629</sup> MENDOZA LOSANA, A.I., “Guía Práctica sobre la inclusión en un registro de morosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 4, 2012, p. 155: “Transcurridos seis años, los datos que puedan influir negativamente en el crédito del afectado o simplemente se refieran a su morosidad deben desaparecer del fichero”.

<sup>630</sup> Resulta interesante al respecto la obra de DESIMONE DASERO, L.L., “Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros de morosos”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, 2017, pp. 1 a 36.

<sup>631</sup> En el mismo sentido, ROMERO CERDÁN, T.A., “Desindexación de datos personales: Fortaleciendo el derecho a la autodeterminación informativa y el olvido digital”, en *DIKE: Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, número 22, 2018, p. 242: “se considera necesario determinar el criterio de temporalidad para solicitar al motor de búsqueda la supresión de datos indexados y establecer los límites al ejercicio de control y supresión”.

## V. LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

### A) Fundamento indemnizatorio de los daños producidos por las violaciones del derecho a la protección de datos: ¿autonomía o dependencia de los mecanismos previstos para infracciones del derecho al honor, intimidad e imagen?

Examinados los principales rasgos del derecho al olvido, corresponde ahora adentrarnos en las consecuencias civiles derivadas de incorrectos tratamientos de datos personales realizados por los motores de búsqueda que subyacen del ejercicio del citado derecho.

Como ya se ha expuesto, el objetivo principal del presente trabajo radica en estudiar las bases de la reparación en vía civil que se pueden originar tanto de carácter contractual o extracontractual cuando acaecen daños como consecuencia de violaciones del derecho fundamental a la protección de datos. Por lo general, la posible responsabilidad civil que se derivarán de las solicitudes de derecho al olvido causadas tanto por los motores de búsqueda como, en ocasiones, por las propias hemerotecas digitales de los diarios, tendrá carácter extracontractual<sup>632</sup>, porque no existirá vínculo jurídico alguno entre la persona cuyos datos personales, en concreto nombre y apellidos, son introducidos en los buscadores y, los resultados que allí se muestren, ya que en ocasiones, esos resultados no habrán sido publicados por la persona en cuestión, como ha ocurrido en todos los supuestos de ejercicio del derecho al olvido analizados en las sentencias comentadas.

¿Qué posible relación de tipo contractual podría unir a las personas sobre las que se publicó en la prensa de papel que cometieron un delito en los años 80 del siglo pasado y

---

<sup>632</sup> Profundizando sobre la cuestión, obsérvese la obra de, RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., “Los motores de búsqueda: el Caronte de Internet y su responsabilidad frente a vulneraciones del derecho de autor (una reflexión sobre la jurisprudencia en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 740, 2013, pp. 4235 a 4252.

*Google*, titular del motor de búsqueda de Internet por excelencia (cuando entonces ni existía Internet, ni *Google*) al introducir sus nombres y apellidos, que más de 20 años después, seguía mostrando entre los resultados de la búsqueda la citada noticia? O, ¿qué relación habrá entre un señor que ha sido indultado en el año 1997 por la comisión de un delito y sigue viendo como el buscador citado, a pesar de comunicarle que cese en el citado incorrecto tratamiento de datos, sigue mostrando a todo el que introduzca su nombre el detallado indulto en cuestión? Resulta evidente, en estos casos, que las posibles consecuencias reparatorias derivadas del ejercicio del derecho al olvido, deben encuadrarse dentro de los supuestos de responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de los incorrectos tratamientos de datos personales por parte de los titulares de los motores de búsqueda en Internet<sup>633</sup> y, por tanto, deben fundarse en el régimen expuesto del artículo 1902 del Código civil, cuyo un plazo de prescripción es de un año.

Evidenciado el carácter extracontractual de la obligación indemnizatoria y el posible daño sufrido, hay que recordar que los daños derivados de incorrectos tratamientos de datos personales no son declarados probados por ley, sino deben acreditarse por quien los sufre, por eso nosotros denominamos a este sistema de responsabilidad civil como de carácter *cuasi-objetivo*, ya que las infracciones de la norma de protección de datos, en este caso por las empresas de los motores de búsqueda, no van a llevar aparejada una indemnización en todos los casos, sino que el usuario tendrá la carga de probar o acreditar el daño derivado de la exposición permanente de una noticia, a la que se accede con la introducción en un buscador de sus nombres y apellidos, infringiendo así con el paso del tiempo, el principio de calidad en el tratamiento de los datos personales.

---

<sup>633</sup> Como se expuso, la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio, extiende la posibilidad de ejercer el derecho al olvido frente a las hemerotecas digitales de los diarios, hecho que puede provocar que se extienda la acción de responsabilidad civil también frente a los mismos, pero al estudiarse en la presente obra las violaciones del derecho fundamental a la protección de datos efectuadas por los motores de búsqueda y las redes sociales en Internet, se omitirá la citada posibilidad en las siguientes líneas.

Ahora bien, es precisamente esa falta de la creación de un daño automático en las violaciones del derecho fundamental a la protección de datos lo que ha provocado que en la práctica, ante incumplimientos de la citada índole, la responsabilidad civil reclamada por los perjudicados se haya fundamentado, no en la normativa de protección de datos que no contiene regulación especial en la materia y por tanto, nos parece sensato aplicar el régimen de la responsabilidad civil extracontractual del Código civil y no el de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, como exponemos seguidamente.

La pretendida equiparación de las consecuencias civiles derivadas de incorrectos tratamientos de datos personales y, de las derivadas por daños al honor y a la intimidad, aunque prácticamente se encuentren presentes en los pocos autores que han escrito sobre la cuestión<sup>634</sup>, también ha sido objeto de crítica por parte de algún autor, al considerar que, “a diferencia de lo previsto en la normativa vigente sobre protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la vulneración de la normativa de protección de datos, no conlleva una presunción de la existencia de un daño o perjuicio sobre los interesados (...) algo que en la práctica, conlleva que las acciones en materia de protección de datos hayan terminado por acumularse, quizás de forma abusiva, con otras relativas al honor o a la intimidad, en las que la percepción de una indemnización está garantizada”<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> Obsérvese al respecto la obra de, DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., “Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, volumen 11, número 32, 2016, p. 54 y siguientes.

<sup>635</sup> NÚÑEZ GARCÍA, J.L., “Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento”, en la obra colectiva coordinada por Rallo Lombarte, A., *Tratado de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 385.

Al fundamentar las demandas de responsabilidad civil derivadas de incorrectos tratamientos de datos en la citada *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*<sup>636</sup>, no solo se persigue la obtención de la reparación de una manera automática<sup>637</sup>, sino que el plazo de prescripción general de un año en el sistema de responsabilidad extracontractual, se convierte en un plazo de caducidad y, de cuatro años<sup>638</sup>, lo que amplía, significativamente, la capacidad procesal de obtener una reparación económica, pero desvirtúa a nuestro entender, la normativa sobre la protección de los datos personales de los usuarios, la cual si hubiera querido establecer un régimen de responsabilidad civil que exceptuara al general, así lo hubiera establecido, como ocurre con el derecho al honor, intimidad e imagen, donde el principio de especialidad normativa<sup>639</sup>, impide la aplicación el régimen general de responsabilidad civil previsto por el Código civil, en favor de la *Ley Orgánica 1/1982*.

Lo cierto es, que en ocasiones, puede resultar complejo la determinación del daño sufrido por el ejercicio del derecho al olvido, sin aludir al daño al honor o a la intimidad personal, pero no menos cierto resulta también que, como consecuencia del acceso a esa información que el paso del tiempo convierte en ilegítima, se pueden producir una serie de daños morales, pero que devienen única y exclusivamente de una conducta, el

---

<sup>636</sup> Régimen objeto de reforma en el año 2010. Un profundo comentario sobre la reforma operada en este sentido y sobre, todo en lo relativo a la asunción de un criterio de caducidad en la acción de reclamación de daños, puede encontrarse en la obra de ROVIRA SUERO, M.E., “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen una asignatura pendiente?”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, 2015, pp. 1 a 32.

<sup>637</sup> Hecho consagrado en el artículo 9.3 de la LO 1/1982: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

<sup>638</sup> Artículo 9.5 de la LO 1/1982: “Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas”.

<sup>639</sup> Obsérvese sobre el mismo, la obra de, TARDÍO PARTO, J.A., “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, número 162, 2003, pp. 189 a 225.



incorrecto tratamiento de los datos personales del reclamante. A pesar de lo anterior, algunos autores sostienen que, “existe una relación casi directa entre los derechos de la personalidad y el derecho al olvido, por eso la *Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* y sus medidas de protección, fundamentan las peticiones de cancelación de datos personales de los particulares”<sup>640</sup>.

En nuestra opinión, la Comisión Europea, a partir de sus diferentes grupos de trabajo, tal vez debería establecer una serie de criterios a tener en cuenta para poder determinar el daño sufrido por incorrectos tratamientos de datos personales, daño que evidentemente puede ser moral, por el acceso de terceros a la citada noticia que el paso del tiempo ha provocado su falta de interés y, por qué no, un posible daño patrimonial<sup>641</sup>. En caso contrario, se seguirá planteando por parte de la doctrina la extrapolación, a nuestro juicio errónea, de la normativa sobre la protección de los derechos de la personalidad clásicos, de suerte tal que algunos autores consideran al respecto “que no puede haber duda en la aplicación de la *Ley Orgánica 1/1982* en lo relativo a los criterios que, aunque orientadores, se deben tener en cuenta a la hora de cuantificar el daño moral de conformidad con su artículo 9.3”<sup>642</sup>.

Además, de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede obtener, que el núcleo esencial del derecho al honor y a la intimidad personal es distinto del derecho fundamental a la protección de datos, aunque como se ha expresado con anterioridad,

---

<sup>640</sup> COBAS COBIELLA, M.E., “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, en *Revista Actualidad Civil*, número 1, 2017, p. 6.

<sup>641</sup> Piénsese en el supuesto que provocó la STJUE de 13 de mayo de 2014, ¿alguien contrataría a un abogado, cuando al introducir los nombres del mismo en Google, aparece que el mismo ha sufrido embargos con la Seguridad Social? Es muy probable que se produjera un daño patrimonial en este sentido.

<sup>642</sup> SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M., “El derecho al olvido digital. Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Actualidad Civil*, número 12, 2015, p. 8.

puedan existir entre ellos ciertas conexiones. El honor, afirma el Tribunal Constitucional, protege a las personas: *“frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas”*<sup>643</sup>, mientras que el derecho a la intimidad, tiene un objeto distinto, consistente en: *“garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito privado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida”*<sup>644</sup>.

¿La existencia de una noticia veraz publicada por un diario e indexada por un motor de búsqueda que aparece en el listado de resultados tras introducir los datos personales del nombre y apellidos de una persona, atenta contra el honor de la misma de manera directa? En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa, ya que, de acuerdo a la consideración de *derecho al honor*<sup>645</sup> establecida por el Tribunal Constitucional, no puede considerarse que esos mensajes se encuentren realizados para producir un descrédito o un menosprecio, sino que simplemente se amparan en la mayoría de los casos descritos, en el ejercicio de una actividad periodística, es decir, transcribir una noticia veraz que, simplemente con el paso del tiempo, puede que el tratamiento de datos personales que en la misma se realiza se convierta en ilícito, afectando de manera directa al derecho fundamental a la protección de datos personales.

---

<sup>643</sup> STC 14/2003 de 28 de enero, fundamento jurídico duodécimo.

<sup>644</sup> STC 176/2013 de 21 de octubre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>645</sup> Una reciente e interesante recopilación de los perfiles del derecho al honor puede encontrarse en la obra de, PABLO SERRANO, A., *Honor, injurias y calumnias: los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

La anterior conclusión debe también extrapolarse en relación al *derecho a la intimidad*<sup>646</sup>, ya que, el fundamento del ejercicio del derecho al olvido, no reside en garantizar un ámbito de espacio privado en la vida del solicitante, ya que considerar lo anterior, supondría situar al citado derecho, como un elemento censor, capaz de censurar y borrar determinada información del pasado, información que sí es veraz, se ampara en el ejercicio de una actividad periodística, límite que existe en relación con el derecho al olvido, que solo permite desindexar determinados resultados obtenidos a través de la introducción de los datos personales de nombre y apellidos en los motores de búsqueda y en las hemerotecas digitales de los diarios. Será precisamente, “la negativa a la supresión de la indexación en los motores de búsqueda lo que conlleve una responsabilidad civil basada en el *pretium doloris* que le supone al afectado ver como con un simple clic en Internet está expuesto a que en cualquier momento una persona pueda acceder a los datos negativos que afectan a otra persona”<sup>647</sup>.

Se vuelve aquí a traer a colación, la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, cuyo fundamento jurídico 6, destacó especialmente la autonomía entre el derecho fundamental a la protección de datos y el resto de derechos de la personalidad: “*la función del Derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida privada personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el Derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir*

---

<sup>646</sup> Sobre la exposición del derecho a la intimidad en Internet, puede observarse la obra de, FAYOS GAYARDO, A., y CONDE COLMENERO, P., *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, editorial Dykinson, Madrid, 2014.

<sup>647</sup> MAGRO SERVET, V., “Los daños causados por la infracción del derecho al olvido digital”, en *Diario la Ley*, número 1362, 2019, p. 2.

*su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y Derecho del afectado (...) de este modo, el objeto de protección del Derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de datos personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus Derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”.*

De igual manera cabe recordad el fundamento jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio, que consideró que: *“el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”.*

En las anteriores líneas hemos intentado demostrar que el núcleo del posible daño derivado del ejercicio del derecho al olvido, no es otro que el incorrecto tratamiento de datos personales efectuados por los motores de búsqueda, debiendo por tanto aplicarse el régimen sobre responsabilidad civil de carácter extracontractual existente en el Código civil, ya que no existe en la normativa sobre protección de datos un régimen especial al respecto. La autonomía del derecho fundamental a la protección de datos frente al resto de los derechos de la personalidad es de sobra conocida y, así ha sido expuesta, haciendo mención al propio Tribunal Constitucional, ahora bien, como también hemos expresado en diferentes apartados del presente trabajo, es posible que como consecuencia del incorrecto tratamiento de datos, también se pueda sufrir un daño al honor o a la intimidad, pero, no debería fundamentarse de manera principal la posible responsabilidad civil por el mecanismo previsto para tales derechos, sino quizás, únicamente de manera subsidiaria, intentando reforzar las garantías procesales, ya que parece que el cauce

previsto por la citada legislación es más favorable que el régimen general descrito por el Código civil.

### **B) La responsabilidad civil derivada del incorrecto tratamiento de los datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Es el momento de analizar lo relativo al régimen de responsabilidad civil que han tratado las sentencias objeto de análisis en el anterior apartado. Como se podrá observar, en todas ellas la citada responsabilidad civil se planteó mediante el régimen previsto en la *Ley Orgánica 1/1982*, es decir, siguiendo lo previsto para la vulneración de los derechos al honor y a la intimidad personal, hecho criticado con anterioridad en el presente trabajo.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2015, como se ha expresado con anterioridad, aborda las cuestiones relativas a la responsabilidad civil desde la óptica prevista en la regulación de los derechos de la personalidad clásicos, ya que, las partes fundamentaron la responsabilidad civil por lo previsto en el citado instrumento jurídico. En concreto, si se recuerda, en la sentencia se condenó a *Google* a instar las medidas necesarias para que al introducir los datos personales del nombre y apellidos de una serie de personas condenadas por un delito de narcotráfico en los años ochenta, no apareciera entre los resultados de búsqueda la noticia del diario *El País*, donde se les identificaba.

La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida fijó la responsabilidad civil en la cantidad de 7.000 euros y, el Tribunal Supremo resolvió el recurso interpuesto, donde se solicitaba que se declarara la caducidad de la acción para exigir la responsabilidad civil. Como ya se ha expuesto, de utilizar el cauce previsto en la *LO 1/1982*, su artículo 9 establece que la acción caducara a los cuatro años desde que pudo ser ejercitada,

considerando el recurrente que si la noticia se publicó en el diario digital en el año 2002 y, la demanda se interpuso en el año 2011, la acción se debía encontrar caducada.

El Tribunal Supremo considera al respecto, en su fundamento jurídico 3º que: *“lo relevante para apreciar si la acción ha caducado no es cuando se publicó la noticia en el periódico en papel, sino si persiste el tratamiento de los datos personales que no cumple los requisitos de la normativa sobre protección de datos personales y, causa un daño a los afectados al vulnerar su honor y su intimidad”*. Además, hace mención expresa a la Sentencia de su misma Sala, de 29 de enero de 2014<sup>648</sup>, donde se consideró que la no atención a la cancelación de los datos personales contenidos en un fichero de insolvencia patrimonial<sup>649</sup>, ostentaban la consideración de daños continuados, como se articula en la sentencia de 2014, en concreto en el fundamento jurídico tercero: *“consideramos que los daños producidos por la inclusión indebida en uno de estos registros o ficheros de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que*

---

<sup>648</sup> Un interesante comentario sobre la misma, puede encontrarse en la obra de, CAMPUZANO TOMÉ, H., Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014. Responsabilidad del titular de velar por la calidad de los datos y de cancelar o rectificar de oficio los que le conste que sean no pertinentes, inexactos o incompletos. Insuficiencia del mero traslado de la solicitud al acreedor; responsabilidad de la empresa titular del fichero de morosos, procedencia, falta de respuesta al legítimo derecho de cancelación del interesado. Justificación razonable por el perjudicado de la impertinencia del dato registrado”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 97, 2015, pp. 163 a 193.

<sup>649</sup> SALAS CARCELLER, A., “La responsabilidad de las entidades que gestionan los llamados «ficheros de morosos. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 267/2014 de 21 mayo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, 2015, p. 105 y siguientes.

*esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública”.*

Por tanto, al interpretar que los daños derivados de incorrectos tratamientos de datos personales albergan la consideración de daños continuados<sup>650</sup>, el plazo para el ejercicio de la acción no se iniciará hasta que el afectado no tenga conocimiento del cese del citado tratamiento. Debe destacarse al respecto que la catalogación como daños continuados, los acaecidos como consecuencia de incorrectos tratamientos de datos personales, supone que una de las posibles justificaciones utilizadas para extrapolar el régimen de responsabilidad civil previsto en la regulación del derecho al honor, como es el mayor plazo para interponer la acción, es decir, cuatro años de caducidad, frente a uno de prescripción, desaparezca casi al completo. En efecto, al considerar que el plazo para presentar la acción no empezará a correr hasta que el motor de búsqueda no desindexe la información que se solicita, es muy probable que el citado plazo nunca empiece a correr, debido a la falta de atención a las solicitudes presentadas por los afectados, resultando casi imposible que la acción prescriba.

Para concluir se debe analizar lo acontecido sobre la petición de responsabilidad civil, en la segunda sentencia y última, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que permitió el ejercicio del derecho al olvido<sup>651</sup>, de 5 de abril del año 2016.

En el supuesto resuelto, *Google* no atendió la solicitud de ejercicio de derecho al olvido presentada en 2010, por un ciudadano que observaba como al introducir sus datos personales de nombre y apellidos, se obtenida un resultado de búsqueda, donde se

---

<sup>650</sup> RAPETTI, B., “Prescripción en daños continuados”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, número 12, 2015, p. 453 y siguientes.

<sup>651</sup> Recuérdese que las sentencias de la del Tribunal Supremo de 7 y 13 de julio de 2017, donde se analiza la solicitud del derecho al olvido de dos acusados, absueltos de cometer los conocidos públicamente como crímenes de calicanto no se estimó, por tanto no se admite la existencia de un daño generador de responsabilidad civil en los citados supuestos.

mostraba un indulto publicado por el *Boletín Oficial del Estado* referidos a unos hechos delictivos cometidos en el año 1981. Pues bien, la Audiencia Provincial estimó producido un daño moral por el incorrecto tratamiento de datos sufrido por el demandante durante diez meses del año 2010, que fueron los que transcurrieron desde que la *Agencia Española de Protección de Datos* notificó la sanción a la compañía, hasta que Google decidió desindexar la información. La citada responsabilidad civil ascendió a 8.000 euros.

En esta sentencia el Tribunal Supremo reflexiona acerca de cuál debe considerarse el momento inicial de producción del daño por parte del buscador. La citada cuestión es controvertida, ya que, en función de cuando se fije el mismo, la cuantía indemnizatoria será mayor o menor, y piénsese que resultará complicado para el motor de búsqueda percatarse por sí mismo, de cuando está tratando incorrectamente los datos personales de nombre y apellidos de todos los ciudadanos ya no solo de España, sino de la Unión Europea<sup>652</sup>. Por eso el tribunal razona en su fundamento jurídico 13º: “*no existe una obligación de revisión de la información facilitada por el buscador de Internet por propia iniciativa. Lo que existe es una obligación de atender los requerimientos de los afectados para la cancelación o rectificación del tratamiento de sus datos personales, cuando efectivamente tengan derecho a ello porque el tratamiento no respete las exigencias derivadas del principio de calidad de los datos*”.

El Tribunal Supremo parece apartarse del razonamiento seguido por parte de la Audiencia Provincial, recuérdese que la misma fijó el periodo inicial en la notificación de sanción por parte de la *Agencia Española de Protección de Datos*, considerando al respecto que el momento inicial debería comenzar con la negativa a atender la solicitud

---

<sup>652</sup> MORENO BOBADILLA, A., “El derecho al olvido digital: Una brecha entre Europa y Estados Unidos”, en *Revista de Comunicación*, volumen 18, número 1, 2019, p. 267: “En Estados Unidos, a diferencia de Europa, el interés público de la información no desaparece con el paso del tiempo, por lo que las historias que sean verídicas siempre estarán protegidas por dicho concepto”



de supresión de los datos personales presentada por el afectado. Así, en el mismo fundamento jurídico citado con anterioridad: *“lo que determina la ilicitud de la conducta del responsable del tratamiento en que consiste la actividad del motor de búsqueda en Internet es no atender al requerimiento de cancelación formulado por el afectado cuando, dado el tiempo transcurrido y las demás circunstancias concurrentes, los datos objeto de tratamiento dejan de ser pertinentes, adecuados y proporcionados a la finalidad con la que se realizó el tratamiento”*. Sin embargo, no estima el recurso de casación en este sentido, ya que no fue planteado por el recurrente en los mismos términos que los analizados por el Tribunal Supremo en su sentencia.

Quizás sean necesarios más firmes pronunciamientos sobre la citada cuestión por el Tribunal Supremo, ya que la determinación del momento inicial, a partir del cual se producen los incorrectos tratamientos de los datos personales, es una cuestión fundamental a la hora de decidir la interposición de acciones de responsabilidad civil, en el caso de que como consecuencia de la citada actividad ilícita, se produzca un daño al afectado por la indexación de la información.



## **CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS REDES SOCIALES**

Llegados a este punto, toca comenzar el cuarto y, por ende, último capítulo del presente trabajo, donde se analizará la actividad jurídica que se desarrolla en las redes sociales, en su vertiente de responsables en el tratamiento de datos de sus usuarios y, como no, prestando especial interés a las posibles consecuencias indemnizatorias civiles que se deriven de incorrectos tratamientos de datos efectuados por estas redes sociales.

### **I. LA VERDADERA ACTIVIDAD DE LAS REDES SOCIALES**

“Hace mucho tiempo (los amantes de cierta saga de ciencia ficción quizá quisieran añadir: «en una galaxia muy, muy lejana»), estaba guay pertenecer a una red social. Poco a poco, lo guay empezó a ser no pertenecer a ninguna”<sup>653</sup>. En el presente capítulo se analizarán cuestiones jurídicas controvertidas, relativas al tratamiento de datos realizado por parte de las redes sociales, pero sin que ello contribuya, a aportar exclusivamente una visión negativa de las mismas, ya que es evidente, que desde un punto de vista social, han facilitado enormemente el desarrollo y comunicación del ser humano.

#### **A) La teoría de los seis grados de separación y el uso de las redes sociales**

Hubiera resultado poco productivo, tanto a nivel académico, como a efectos prácticos, realizar la presente investigación, donde se intentan sentar las bases de la responsabilidad civil derivada de incorrectos tratamientos de datos, por parte de entidades emanadas de las conocidas como nuevas tecnologías, como es el caso de los motores de búsqueda y las redes sociales, si la sociedad no hubiera evolucionado, hasta tal extremo que, esos dos servicios resultan hoy casi imprescindibles para el desarrollo de la vida de la mayoría de

---

<sup>653</sup> Argumentación literal del Abogado General de la Unión Europea MICHAL BOBEK, donde realiza una crítica al exceso de culpabilidad que en la sociedad actual se atribuye al servicio prestado por las redes sociales. Presentes en su conclusión número 65 sobre el asunto C-40/17: Fashion ID GmbH & Co. KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV de 19 de diciembre de 2018.

los seres humanos, fruto de ello, se suele catalogar al momento actual como el escenario de una cuarta revolución industrial<sup>654</sup>.

Las redes sociales, han influido notablemente en el cambio o evolución de la sociedad, incluso algún autor las ha comparado en sus efectos al que supuso la creación de la imprenta<sup>655</sup> o con la llegada del hombre a la Luna<sup>656</sup>. En la sociedad actual, caracterizada por el uso masivo, y casi sin control, de las redes sociales por miles de millones de usuarios, el concepto de privacidad ha mutado sustancialmente, ya que los riesgos inherentes al ejercicio de su actividad son elevados, considerándose que, “en el pasado, la mayoría de los individuos asumían que sus actividades y movimientos del día a día no eran ni vigilados, ni catalogados, por lo que enlazaban sus actividades cotidianas de manera anónima. En la sociedad actual, por el contrario, la tecnología es capaz de obtener, procesar, analizar y agregar cantidades ingentes de información sobre una persona concreta”<sup>657</sup>.

La influencia de las redes sociales, como se viene sosteniendo, ha modificado notoriamente el hábito y el comportamiento de una buena parte de la sociedad, ya que determinados aspectos privados, son mostrados con gusto por parte de sus usuarios, de suerte tal que, parte de la doctrina ha comenzado a utilizar el término “extimidad”,

---

<sup>654</sup> Ahora bien, algún autor considera que la utilización de la expresión, “cuarta revolución industrial”, se queda excesivamente corta para describir el escenario actual mundial, además de criticar duramente la terminología en cuestión. Véase al respecto la obra de, QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital”, en *Diario La Ley*, número 1, 2019, p. 2: “La máquina de vapor dio lugar al surgimiento de la industria y con ella a grandes transformaciones sociales ligadas al uso masivo de la máquina en la producción, pero las tecnologías convergentes se sitúan en otra dimensión. Seguir hablando entonces de cuarta o sucesivas revoluciones industriales es equívoco y confuso al emplear una figura retórica que supone que todo lo que causa una gran transformación social es una revolución industrial”.

<sup>655</sup> Eso sí, debe destacarse como sostiene el autor, que *Facebook* en cinco años llegó al mismo número de personas que la imprenta en 3 siglos. Véase, la obra de, TESONE, R., *Los retos de la privacidad: Innovación, Derecho y Seguridad*, editado por la Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2014, p. 1.

<sup>656</sup> REINHART KOSSELLECK, *Aceleración, prognosis y secularización*, editada por Pre-Textos, Valencia, 2003, p. 34 y siguientes.

<sup>657</sup> NOIAN SÁNCHEZ, A., “La privacidad como integridad contextual y su aplicación a las redes sociales”, en *Zer: Revista de Estudios de Comunicación*, volumen 20, número 39, 2015, p. 166.

considerando que la misma y, “el auge de la transferencia de datos personales han derivado en que las redes sociales generen una ingente cantidad de información personal, a la postre útil para quienes basan su profesión en la recopilación de datos de los usuarios”<sup>658</sup>. El uso desmesurado de las redes sociales, aparte de una pérdida voluntaria de intimidad, supone una descontextualización de importante información, ya que solo se ofrece lo que resulta de interés para ciertos sujetos y, no para todos los “amigos” registrados en tal red social<sup>659</sup>.

Mediante el uso indiscriminado de las redes sociales por parte de sus usuarios, con exposición sistemática de muchos aspectos de su vida privada, se corre el riesgo de perder por completo la privacidad durante la pertenencia a ellas, resultando conveniente citar la siguiente paradoja al respecto: “cuando compro en la droguería, no hay nada secreto inherente a este hecho: lo hago en público, el cajero comprueba lo que me llevo, quizás también la persona que está en la misma cola e incluso se puede grabar en un perfil de comprador. Pero eso no significa que el contenido de mi bolsa: unas vitaminas, algo para el pelo o para mi salud sexual sea divulgado a todo el mundo en la tienda, compartido con mis compañeros de trabajo, familia o incluso gente que no conozco”<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> TELLO, L., “Intimidad y extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de *Facebook*”, en *Revista Comunicar*, número 41, volumen XXI, 2013, p. 207.

<sup>659</sup> Resulta interesante el siguiente ejemplo de descontextualización de la información en redes sociales, ubicado en la obra de DUMORTIER, F., “*Facebook* y los riesgos de descontextualización de la información”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 9, 2009, p. 29: “Un usuario de *Facebook* que tiene 100 amigos: 4 de ellos son parientes, 16 son amigos íntimos, 1 amante, 4 ex amantes, 30 antiguos compañeros de colegio, 30 conocidos (de distintos contextos), 14 compañeros de trabajo y su jefe. Ahora imaginemos que nuestro usuario instala una aplicación ajena en *Facebook* para responder a un test divertido, ¿Eres alcohólico? Y, al mismo tiempo cambia su situación sentimental a “soltero”. No hay duda de que la combinación de estas informaciones tendrá un significado distinto para sus amigos y su pareja que para sus colegas, su jefe o su madre. De estas observaciones se deriva una amenaza de descontextualización: la dificultad que tiene un ente con múltiples facetas para restringir la información que desea compartir con amigos de distintos contextos. Simplificando, responder a un test, ¿Cuál es tu postura sexual favorita?, puede proporcionar información interesante a mi novia pero seguramente no será adecuada para ninguno de mis compañeros de trabajo”.

<sup>660</sup> ZIMMER, M., “Privacy and surveillance in web 2.0: A study in contextual integrity and the emergence of Netaveillance”, *Ethics and Information Technology*, volumen 7, número 4, 2005, p. 210.

La información divulgada por uno mismo en las redes sociales, puede ser accesible, en muchas ocasiones, a personas que el sujeto que las divulgó no desea que las observara. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una entrevista de selección de personal, y algún candidato tiene la red abierta, ¿no existirán muchas posibilidades de que el reclutador consulte la misma y, su decisión se puede encontrar motivada por algunos aspectos que allí se encuentren? Debe destacarse el informe 2/2017 del *Grupo de Trabajo del artículo 29 de 8 de junio de 2017*, sobre el tratamiento de datos en el trabajo, donde se limita la captación de datos personales de los trabajadores de la organización, por ejemplo, no se puede rastrear indiscriminadamente el uso realizado por el trabajador en su ordenador<sup>661</sup>.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, los principales riesgos para la privacidad y para la protección de datos personales de los usuarios de las redes sociales, no vienen determinado por su propio uso<sup>662</sup>, sino por la labor realizada por el prestador de servicios, la empresa titular de la red social, como se profundizará posteriormente.

El origen de las redes sociales ha sido intentado explicar a través de la denominada *teoría de los seis grados*<sup>663</sup>, según la cual, cualquier persona puede ponerse en contacto con otra, conectando con seis previamente, conexión que se realizará a través de estas redes sociales. También ha sido definida como aquella “que permite acceder al cualquier persona del planeta en sólo seis saltos, por medio de una cadena de conocidos. Se basa en la idea de que el grupo de conocidos crece exponencialmente con los enlaces de la cadena

---

<sup>661</sup> Para profundizar, obsérvese la obra de, RECIO GAYO, M., “Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo”, en *Diario La Ley*, número 8, 2017, pp. 1 a 9.

<sup>662</sup> Autores destacados consideran que existen dos formas de tomar una decisión por parte del ser humano: Una basada en respuestas rápidas y emocionales y, la segunda basada en procesos lógicos y de reflexión. Quizás sea la primera fórmula la que permita explicar la sobreexplotación de contenidos en redes sociales por parte de algunos de sus usuarios. Obsérvese al respecto, la obra de, KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, editorial Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011, p. 19 y siguientes.

<sup>663</sup> Dicha teoría fue creada por el sociólogo FRIGYES KARINTHY en el año 1929, y ha sido recogida y adaptada al escenario de las nuevas tecnologías por DUNCAN WATTS, J., *Six Degrees: The Science of a Connected Age*, editorial Norton, New York, 2004.

y, harían falta, únicamente, cinco de estos enlaces para cubrir la totalidad de la población mundial. El software original de las redes sociales virtuales parte de esta teoría, de hecho existe en EEUU una patente llamada *six degrees patent* por la que ya han pagado las redes sociales *Linkedin* y *Tribe*<sup>664</sup>.

Para el ciudadano medio, aquel que únicamente utiliza una red social como *Facebook*, solo para poder “cotillear” las actividades de sus amigos, la actividad de ésta, pudiera corresponderse con la teoría de los seis grados expuesta con anterioridad, ya que, le permitiría tener contacto (chatear, visualizar sus fotos, etc...) con amigos o conocidos que se pueden encontrar muy lejos físicamente del usuario, pero, dicha afirmación es cuanto menos discutible. En efecto, la actividad de las redes sociales, no es la de facilitar el contacto con otros usuarios a título lucrativo, sino la de obtención de un beneficio económico a través del desarrollo de una actividad publicitaria, traficando con los datos personales de sus usuarios. En este sentido, surgen voces opinando que a través de los datos de los usuarios, “se obtiene información que siendo monitorizada, controlada, analizada y segmentada puede evaluar ratios de todo tipo. Esta información de los medios sociales sometida a algoritmos de análisis, selección y extracción de contenidos, con seguimiento de palabras clave de forma selectiva permite obtener perfiles de alto significado, con las tendencias por edades, profesionales, aficiones, etc”<sup>665</sup>.

Para poder acceder a una red social, el usuario en un primer momento debe suministrar una serie de datos personales básicos, como nombre y apellidos, edad o dirección de correo electrónico, constituyendo ésta la primera vía de entrada de datos personales hacia los proveedores de redes sociales. El segundo momento de entrada de información, se

---

<sup>664</sup> PONCE, I., *Redes Sociales*, Instituto de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2012, p. 1.

<sup>665</sup> BARRIUSO RUIZ, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2009, p. 304.

producirá durante el uso de la red social, donde el usuario divulga datos personales propios o de terceros, como fotografías de quienes no tienen redes sociales, opiniones o comentarios, que serán analizados y tratados por los proveedores de la red social<sup>666</sup>.

Una vez obtenida la información por parte de la red social, la misma, como se argumentará jurídicamente posteriormente, realiza un tratamiento de los datos personales de los usuarios, al objeto de, “realizar fácilmente un perfil personal incluyendo, en muchas ocasiones, datos sobre vida sexual, ideología, religión, que es una información considerada por la normativa como de especial protección. Toda esta información señala pautas de consumo y permite personalizar la publicidad- el principal objetivo de muchas bases de datos privadas-, y a su vez puede comercializarse esta información”<sup>667</sup>.

¿Tienen la posibilidad los usuarios de las redes sociales de conocer el tratamiento de datos personales que se realiza con su información? La respuesta debería ser rotundamente afirmativa, pero como después se comprobará, no sería del todo cierto afirmarla con tal rotundidad, ya que en ocasiones, en las políticas de privacidad de las redes sociales no aparece con detalle toda la información al respecto. Aun así, existen opiniones considerando que “el hecho de ingresar en una red social como participante activo no solo se trata de conocerla, sino de estudiarla antes de participar, saber para quien está creada, las condiciones de privacidad y de uso”<sup>668</sup>.

También debe apreciarse que quizás muchos usuarios sí comprendan que con la cesión de sus datos personales, las redes sociales obtienen un importante beneficio económico,

---

<sup>666</sup> VÁZQUEZ ROMERO, T., “La tutela de la información personal y el uso de las redes sociales”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 15, 2012, p. 134 y siguientes.

<sup>667</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 15, 2012, p. 64.

<sup>668</sup> DÍAZ BUCK, A., “La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales”, en *Revista Derecom*, número 13, 2013, p. 129.



pero se encuentran “hipnotizados”<sup>669</sup>, por las ventajas que sus usos les ofrecen. Aunque probablemente quizás, lo cierto es que la mayoría de los usuarios no conozcan el uso que se realiza de su información personal, ya que, la inmensa mayoría no habrán leído las condiciones de uso o política de privacidad de la red social en cuestión, pudiéndose destacar un elemental estudio realizado entre jóvenes de entre 20 y 35 años en España, donde se obtuvo que un 64% de los encuestados a pesar de ser usuarios de la red social *Facebook*, nunca se habían leído la política de privacidad de la compañía<sup>670</sup>.

También resulta interesante destacar que según los estudios realizados sobre la divulgación de información personal en redes sociales en función del género, se obtiene que la mujer es generalmente más consciente de los riesgos existentes en la utilización de las citadas plataformas respecto al hombre, llevando a cabo más medidas destinadas a proteger al máximo su privacidad<sup>671</sup>. Sin embargo, otros estudios, sin rebatir lo anterior, consideran que es la mujer la que más información personal refleja en su uso diario en la red social<sup>672</sup>.

Las anteriores consideraciones se agravan cuando entre en escena un sujeto que, en la actualidad, es un potencial usuario del servicio ofrecido por parte de las redes sociales, el menor de edad. Debe recordarse que el actual *Reglamento Europeo de Protección de Datos* ha establecido el límite de dieciséis años para poder prestar el consentimiento válido en el tratamiento de sus datos, aunque permite que los estados miembros puedan

---

<sup>669</sup> DEBATIN, B., LOVEJOY, J.P., HORN, A.K., y HUGHES, B.N., “*Facebook* and Online Privacy: Attitudes, Behaviors, and Unintended Consequences”, en *Journal of Computer-Mediated Communication*, volumen 15, número 1, 2012, p. 100: “Como hipnotizados, los beneficios de las redes sociales tienen más peso que los riesgos de la información personal relevada”.

<sup>670</sup> Estudio realizado a 190 jóvenes, en DURÁN SEGURA, M., y MEJÍAS PELIGRO, J.F., “Conocimientos y comportamientos de los usuarios de la red social *Facebook* relacionados con la privacidad”, en *Ambitos: Revista internacional de comunicación*, número 26, 2014, p. 556.

<sup>671</sup> HOY, M.G., y MILNE, G., “Gender differences in privacy-related measures for young adult *Facebook* users”, en *Journal of Interactive Advertising*, número 10, volumen 2, 2010, p. 30 y siguientes.

<sup>672</sup> SHEEKAN, K.B., “An investigation of gender differences in On-line privacy concerns and resultant behavior”, en *Journal of Interactive Marketing*, número 13, volumen 4, 1999, p. 34 y siguientes.

rebajarlo hasta los trece años<sup>673</sup>. En España, el artículo 7 de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, establece que la edad mínima para prestar el consentimiento válido para garantizar el tratamiento de datos personales es la de catorce años.

Continuando con lo anterior, debe destacarse que, la gran controversia jurídica en relación al tratamiento de datos del menor de edad, no radica en la fijación de un determinado límite, sino en la articulación de técnicas que permitan por parte de las redes sociales verificar de forma efectiva que el menor de edad que se encuentre debajo del citado límite, no pueda acceder a la misma, considerando algún autor que “se deben implementar los mecanismos necesarios para comprobar que el sujeto que dice tener suficiente madurez para interactuar en la red social, la tenga realmente. No basta, pues, con prohibir formalmente su uso a partir de una determinada edad, si ello no va acompañado de fórmulas eficaces de comprobación real de la misma”<sup>674</sup>.

Además, el citado control sobre el cumplimiento de la normativa de protección de datos en aplicación sobre los menores de edad, no solo debería implantarse en las redes sociales, sino también en los servicios de mensajería instantánea, tan populares entre la población, como *WhatsApp*, entidad que restringe el uso a menores de dieciséis años, aunque utiliza para ello una técnica de control bastante rudimentaria, la denuncia de terceros. ¿Cuántos padres no acabarán denunciando a sus propios hijos? Aunque también,

---

<sup>673</sup> ACEDO PENCO, A., y PLATERO ALCÓN, A., “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, volumen 5, número 2, 2016, p. 70 y siguientes.

<sup>674</sup> REYES MÉNDEZ, D., “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: La necesidad de una respuesta tecnológica”, en *Diario La Ley*, número 9935, 2019, p. 1.

es cierto, que al citado servicio de mensajería instantánea, se le podría atribuir un régimen mixto, ya que tiene muchas similitudes en su funcionamiento al de una red social<sup>675</sup>.

## **B) Concepto y actividad de las redes sociales: el paradigma de *Facebook***

Es conocido que existen muchos tipos de redes sociales<sup>676</sup>, aunque normalmente la clasificación más habitual es la que distingue entre las de tipo generalista, como por ejemplo *Facebook*<sup>677</sup>, la más conocida, o las específicas, por ejemplo, aquella rudimentaria que sirve para conectar a los vecinos de un determinado barrio y, solo a ellos, como ¿tienes sal?<sup>678</sup>. Ahora bien, a pesar de lo anterior, se pueden identificar una serie de características comunes a todas ellas<sup>679</sup>, aunque, lógicamente, siempre se puede

---

<sup>675</sup> DÍAZ, J., “Redes sociales: Incumplimiento sistemático de los controles técnicos versus vulneración reiterada de los derechos del menor”, en *Diario La Ley*, número 9326, 2018, p. 7: “El principal problema de esta aplicación es que, a pesar de presentarse como un servicio de mensajería instantánea, funciona como una red social, que permite crear grupos, enviar imágenes, videos e información. Sin embargo, no está registrada como red social, de manera que tampoco está obligada a cumplir con las normas que se exigen a otras redes sociales como *Facebook* o *Twitter*, ni está controlada por los Gobiernos, la industria o la Unión Europea”.

<sup>676</sup> HUETE NOGUERAS, J., “Comentarios en torno al origen de las redes sociales y algunos aspectos del tratamiento de los datos de carácter personal aportados por las mismas”, en *Revista Otrósí*, número 4, 2010, p. 19 y siguientes.

<sup>677</sup> Como es sabido, *Facebook* es la red social más utilizada en el mundo, en concreto, dicha compañía desde su fundación en el año 2004, no ha dejado de crecer tanto en facturación, como en número de usuarios. Como realizamos en relación a los motores de búsqueda, proporcionamos también un Top-6 de redes sociales, en función de su utilización a escala mundial: 1) *Facebook*, que cuenta con 2.449 millones de usuarios, 2) *Instagram*, también perteneciente al grupo empresarial de Facebook, fundado en el año 2010, cuenta con 1.000 millones de usuarios, 3) *Tik Tok*, de reciente éxito entre el público adolescente debido a la utilización de vídeos musicales, aunque por dicho motivo su política de privacidad se encuentra entre dicho, de origen chino, fue creada en el año 2016 y, ya cuenta con 800 millones de usuarios, 4) *Qzone*, también de origen chino, basada en el uso de blogs, creada en el año 2005 y, cuenta con 517 millones de usuarios, 5) *Sina Weibo*, una especie de Facebook Chino, o lo que fue Tuenti en España, creado en el año 2009 y, cuenta con 497 millones de usuarios y 6) *Reddit* creado en Estados Unidos en el año 2005, suele utilizarse para puntuar publicaciones y, cuenta con 430 millones de usuarios. Resulta llamativo que la red social *Twitter*, no aparezca hasta el puesto octavo, contando con 340 millones de usuarios. Datos sobre números de usuarios obtenidos de la siguiente dirección: [https://mkparadise.com/redes-sociales-mas-utilizadas#Sina\\_Weibo\\_497\\_millones\\_de\\_usuarios](https://mkparadise.com/redes-sociales-mas-utilizadas#Sina_Weibo_497_millones_de_usuarios), (consultado el 20 de mayo de 2020).

<sup>678</sup> Disponible en: <https://tienes-sal.es/>, consultado el 26 de agosto de 2019. De su página web se obtiene que: “Tu vecindario tiene un nombre y unos límites claramente definidos. Como residente, te invitamos a inscribirte en tu vecindario de ¿Tienes sal? Una vez completado el registro, encontrarás todas las noticias de tu barrio de un vistazo en la página de inicio. De este modo, podrás comunicarte fácilmente con tu edificio, tu vecindario o los alrededores. Todo el contenido publicado está protegido de visitantes externos y motores de búsqueda como Google”.

<sup>679</sup> El Grupo de Trabajo Comunitario del artículo 29 (GT 29) estableció en su *Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea de 12 de junio de 2009*, una serie de características comunes a todas las redes sociales, concretamente en su página cinco: “a) Los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o perfil. B) Los servicios de redes sociales proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea. C) Las redes sociales funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los

encontrar alguna excepción a la regla general, ya que normalmente, las mismas no exigen el pago de una contraprestación económica, pero algunas, como por ejemplo, relacionadas con la búsqueda de pareja, como *Meetic*, entre otras muchas, si que lo exigen.

Realizada la anterior aproximación al escenario actual de las redes sociales, es el momento de aproximarnos a su definición. Aunque se han aportado diferentes conceptos de la figura, quizás uno de los más apropiados sea el de considerarlas como “servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo y donde disponen de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines, o no, al perfil publicado”<sup>680</sup>.

Sobre el régimen jurídico de las redes sociales, debe subrayarse que son servicios de la sociedad de la información<sup>681</sup> y, les resulta de aplicación, hasta que la misma sea derogada para adaptarse al *Reglamento Europeo de Protección de Datos*, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>682</sup>, conocida como *Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas*<sup>683</sup>. Esta Directiva establece que los proveedores de comunicaciones electrónicas deben aplicar la normativa de protección de datos europea y, además en su propio texto, presta especial interés, al deber de confidencialidad, al deber

---

usuarios pueden interactuar. D) Las redes sociales generan la mayoría de sus ingresos con la publicidad que se difunde en las pp. web que los usuarios crean y a las que acceden”.

<sup>680</sup> *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, editado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2009, p. 7.

<sup>681</sup> DÍAZ GANDESEGUI, V., “Mitos y realidades de las redes sociales”, en *Revista Prisma Social*, número 6, 2011, p. 5 y siguientes.

<sup>682</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, «DOCE» núm. 201, de 31 de julio de 2002.

<sup>683</sup> Para profundizar, entre otras, obsérvese la obra de, VILAU SOLANA, M., “La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 3, 2006, p. 1 a 15.

de información sobre el tratamiento de los datos realizado y, como no, al deber de seguridad en el tratamiento de los datos personales efectuado por el responsable del mismo<sup>684</sup>.

Sobre la actividad jurídica realizada por las redes sociales en relación a los datos personales de sus usuarios, debe destacarse el *Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea*, emitido por el *Grupo de Trabajo del artículo 29*, el 12 de junio del año 2009, donde el citado grupo de expertos, clarificó que tal actividad se correspondía a un verdadero tratamiento de datos personales<sup>685</sup>. Así, citando el mismo, se obtiene al respecto que las redes sociales son: “responsables del tratamiento de datos en virtud de la Directiva relativa a la protección de datos. Proporcionan los medios que permiten tratar los datos de los usuarios, así como todos los servicios «básicos» vinculados a la gestión de los usuarios (por ejemplo, el registro y la supresión de cuentas). Los proveedores de SRS determinan también la manera en que los datos de los usuarios pueden utilizarse con fines publicitarios o comerciales, incluida la publicidad proporcionada por terceros”.

Ha de advertirse que cuando un usuario divulga en la red social determinados datos personales de un tercero, puede ser considerado responsable del tratamiento. En efecto, aunque en principio, podría entenderse que la actividad del usuario se encuentra amparada por la conocida como *excepción doméstica*<sup>686</sup>, se ha precisado que determinados factores,

---

<sup>684</sup> Sobre el deber de seguridad, debe destacarse que el Reglamento de la Comisión 611/2013 de 24 de junio de 2013, reforzó las exigencias de esta materia en el sector de las comunicaciones electrónicas, exigiéndose una comunicación de cualquier posible incidente de seguridad a las autoridades nacionales de protección de datos. Obsérvese al respecto, la obra de, DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “Medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”, en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, número 9, 2015, pp. 1160 a 1168.

<sup>685</sup> ROIG, A., “E-privacidad y redes sociales”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 9, 2009, página 44 y siguientes.

<sup>686</sup> Considerando 18 del Reglamento General de Protección de Datos: “Las actividades personales y domésticas podrían incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de dichas actividades personales y domésticas. No obstante, el presente Reglamento debe aplicarse a los responsables o encargados del

como las posibles actividades comerciales desarrolladas en la red social, o la tenencia de perfiles públicos accesibles por cualquiera, e incluso, *tener demasiados amigos en la red social*, como consecuencia de una aceptación desmesurada de peticiones, son causas que harían decaer la conocida como excepción doméstica, convirtiendo así, al usuario de la red social en posible responsable de determinados tratamientos de datos personales<sup>687</sup>.

En el presente capítulo, se tomará como modelo de referencia a la red social *Facebook*, analizando cómo trata los datos personales de sus usuarios y, también, las controversias jurídicas derivadas del mismo, suscitadas tanto a nivel comunitario, como nacional. Se comprobará así, si su verdadero objeto es facilitar el contacto entre usuarios de todo el mundo, o la obtención de un importante beneficio económico como consecuencia de la obtención de los datos de sus usuarios<sup>688</sup>.

Para dar una idea de la magnitud de *Facebook* como gigante empresarial, baste apuntar que a inicios del año 2019, contaba ya con 2.400 millones de usuarios activos mensuales (con una previsión de 3.000 millones para 2020)<sup>689</sup>, es decir, duplicando la población del país más habitado del mundo, China que tiene 1.400 millones de habitantes. Además, *WhatsApp*<sup>690</sup>, propiedad de *Facebook*, supera los 2.000 millones de usuarios. *Facebook*

---

tratamiento que proporcionen los medios para tratar los datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”.

<sup>687</sup> Parte de estos límites ya se indican en la exposición de la STJUE, de 6 de noviembre de 2003, en el asunto Lindqvist. Obsérvese además, la obra de, BELTRÁN CASTELLANOS, J.M., “Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales”, en *Cuadernos Electrónico de Estudios Jurídicos*, nº 2, 2014, pp. 61 ss.

<sup>688</sup> El papel de recopilador y “traficante” de datos personales puede encontrarse en la obra de, SCHROERS, J., “I have a *Facebook* account, therefore I am – authentication with social networks”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, volumen 33, número 2, 2019, pp. 211 a 233.

<sup>689</sup> Véase, <https://es.statista.com/estadisticas/600712/ranking-mundial-de-redes-sociales-por-numero-de-usuarios/> (consultado el 2 de junio de 2020). Los datos oficiales de 2020 aun no han sido publicados.

<sup>690</sup> Debe recordarse que *Whatsapp* fue adquirida por *Facebook*, y como consecuencia de dicha adquisición, ambas aplicaciones empezaron a compartir los datos personales de usuarios, situación que ha producido un enorme debate sobre la licitud de dicha conducta. Puede observarse sobre esta cuestión, entre otras, las obra de VICENTE CASADO, M., “La cesión de datos personales en la compraventa de empresas tecnológicas. Especial referencia al caso de *Whatsapp* y *Facebook*”, en la obra colectiva coordinada por Bueno de Mata, F., *FODERTICS 6.0: Los nuevos retos del Derecho ante la era digital*, editorial Comares, 2017, pp. 357 a 368. Como consecuencia de la fusión, la Agencia Española de Protección de Datos realizó una investigación inicial, de como afectaría la misma al tratamiento de datos de sus usuarios, emitiendo la resolución del Expediente Nº: E/04949/2016 considerando que *Whatsapp* no utilizaba los contenidos de los

*Inc.* cotiza en bolsa (*Nasdaq*), con un precio de 238 dólares por acción (en junio de 2020) con un valor bursátil de más de 500.000 millones de dólares. Estos datos no casan bien con la utópica red social cuyo único fin sea el de poner en contacto a sus usuarios. Añádase a lo anterior que la citada compañía está creando su propia criptomoneda<sup>691</sup>, la *Libra*, hecho que podría provocar otra revolución, esta con mayores tintes monetarios aun, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales de sus usuarios.

Realmente, la finalidad de *Facebook*, bajo el pretexto (cierto) de facilitar las relaciones entre los ciudadanos de todo el mundo, como fríamente se declara en sus términos y condiciones de uso, es: “ofrecer anuncios y otro contenido comercial o publicitario que sea valioso para nuestros usuarios y anunciantes. Para ayudarnos a lograrlo, aceptas lo siguiente: nos concedes permiso para usar tu nombre, foto del perfil, contenido e información en relación con contenido comercial, publicitario o relacionado (como una marca que has indicado que te gusta) procedente de *Facebook* o que hayamos optimizado. Esto significa, por ejemplo, que permites que una empresa u otra entidad nos pague por mostrar tu nombre o foto del perfil con tu contenido o información sin que recibas ninguna compensación por ello. Si has seleccionado un público específico para tu contenido o información, respetaremos tu elección cuando los usemos”<sup>692</sup>.

Cuando un usuario acepta las condiciones de uso para poder darse de alta en esta red social se convierte automáticamente en un “negocio” para ella, al utilizar los datos

---

mensajes enviados entre los usuarios con fines comerciales, y por tanto, el contenido de los mismos tampoco era enviado a *Facebook* ni a otras empresas del grupo. Ahora bien, como después se expondrá, el criterio sostenido por la AEPD, mutó rápidamente.

<sup>691</sup> Un análisis interesante sobre el conocido Bitcoin y su posible cumplimiento o no del Reglamento europeo de Protección de Datos, puede encontrarse en la obra de, BUOCZA, T., EHRKE-RABEL, T., HÖDL, E., y EISENBERGER, I., “Bitcoin and the GDPR: Allocating responsibility in distributed network”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 35, número 2, 2019, pp. 182 a 198.

<sup>692</sup> Punto noveno de la Declaración de Derechos y Responsabilidades de *Facebook*, versión de enero del año 2018, disponible en, <https://www.Facebook.com/legal/terms> (consultado el 23 de mayo de 2020).

personales para obtener un beneficio económico mediante la actividad publicitaria, sin recibir el usuario contraprestación económica alguna de la red social<sup>693</sup>.

## **II. LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS SOBRE *FACEBOOK* RESUELTAS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

El tratamiento de datos realizado por la red social de referencia en el presente trabajo, es decir *Facebook*, ha dado lugar a una serie de pronunciamientos judiciales que han ido perfilando el rol del responsable del tratamiento por parte la citada red social y otra serie de consideraciones de importante entidad jurídica, frente a posibles actuaciones contrarias al derecho fundamental a la protección de datos de sus usuarios. En el presente apartado se analizarán los cuatro pronunciamientos emitidos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los que se analizan ciertas actividades de la citada red social.

### **A) Aportaciones esenciales de la STJUE de 6 de octubre del año 2015: *Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner***

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre del año 2015, conocida como *Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner*<sup>694</sup>, planteaba la controversia siguiente: un joven austriaco llamado Maximilian Schrems, usuario de *Facebook*, decide presentar el 25 de junio del año 2013, una reclamación frente al comisario de protección de datos de Irlanda, por entender que *Facebook Ireland* estaba transfiriendo sus datos personales a Estados Unidos de manera ilegal, no respetando las

---

<sup>693</sup> Sobre la valoración económica de los datos personales de los usuarios de las nuevas tecnologías obsérvese entre otras la obra de ANAHIBY BECERRIL, “El valor de nuestros datos personales en la era Big Data e IoT”, en la obra colectiva coordinada por Munive Cortés, E., González Pulido, I., Muñoz Sánchez, L., y Bueno de Mata, F., *Hacia una Justicia 2.0: Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho Informático*, editorial Ratio Legis, 2016, pp. 27 a 40.

<sup>694</sup> Asunto C-362/14, Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, STJUE de 6 de octubre de 2015.



garantías comunitarias existentes para tal fin, fundando sus pretensiones a las revelaciones realizadas por el polémico Snowden, que reveló un indiscriminado por las autoridades nacionales de Estados Unidos de los metadatos transferidos a su país, que permiten, “extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, la actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan”<sup>695</sup>.

El comisario Irlandés no atendió la petición del señor Schrems, por entender que las transferencias internacionales de datos se realizaban en el marco de un convenio legal existente entre la Unión Europea y los Estados Unidos. El reclamante presentó una demanda ante los tribunales de Irlanda que elevó una cuestión prejudicial doble, consistente en determinar el alcance de la actuación de las agencias independientes de protección de datos, frente a las transferencias internacionales de datos realizados conforme al marco legal vigente entre la Unión Europea y un tercer estado.

Lo que perseguía el señor Schrems, aunque no lo mencionó de forma expresa en ninguna de sus peticiones, con su demanda contra *Facebook*, era invalidar la Decisión 2000/520 de la Comisión Europea de 26 de julio del año 2000<sup>696</sup>, donde se estableció un acuerdo entre la Unión Europea y el Departamento de Comercio de Estados Unidos, para la transferencia internacional de datos de las personas físicas, decisión que tendría que garantizar un nivel de protección adecuado sobre los datos personales de los ciudadanos

---

<sup>695</sup> TRACOL, X., “Legislative Genesis and Judicial Death of a Directive: The European Court of Justice Invalidated the Data Retention Directive (2006/24 EC) thereby Creating a Sustained Period of Legal Uncertainty about the Validity of National Laws which Enacted It”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 30, número 6, 2014, p. 741.

<sup>696</sup> 2000/520/CE: Decisión de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América. Disposición ya derogada.

de la Unión Europea<sup>697</sup>. El acuerdo se denominó como “Puerto Seguro”, o en inglés “*Safe Harbor*” y, mediante el mismo, instauró un sistema de autocertificación, por el cual, las empresas del tercer país en cuestión, asumían la voluntad de tratar los datos de los europeos conforme a los principios allí instaurados, considerándose así, que se cumplía con el requerimiento comunitario de un nivel adecuado de protección<sup>698</sup>.

El Abogado General de la Unión Europea emitió sus conclusiones el 23 de septiembre del año 2015 y en ellas ya dejó entrever que el sistema de transferencias internacionales con Estados Unidos no era precisamente un puerto seguro, pero tampoco, como subraya irónicamente algún autor, una “isla inalcanzable”<sup>699</sup>.

En primer lugar, el Abogado General consideró que las autoridades nacionales de protección de datos, tienen la capacidad para poder realizar una investigación e incluso suspender, el tratamiento de datos respecto a un tercer Estado cuando consideren que en el tercer país no existe un nivel de protección adecuado<sup>700</sup>, considerando además en segundo lugar que resultaba tarea necesaria por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una pronunciación sobre la validez sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, entre otras razones por: “la inexistencia, en el marco del régimen de

---

<sup>697</sup> Considerando 56 de la Directiva 95/46 CE sobre protección de datos: “Considerando que los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional: que la protección de las personas garantizada en la Comunidad por la presente Directiva no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado”.

<sup>698</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Algunas claves en las relaciones entre los EEUU y la UE sobre transferencias de datos de carácter personal. El acuerdo de Puerto Seguro”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, número 97, 2014, p. 58 y siguientes.

<sup>699</sup> MENDOZA LOSANA, A.I., “Transferencias internacionales de datos personales. Estados Unidos no es un puerto seguro, pero tampoco una isla inalcanzable”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 2015, p. 212 y siguientes.

<sup>700</sup> Conclusión 117 del Abogado General del asunto C-362/14: “Por consiguiente, para garantizar un nivel de protección adecuado de los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, las autoridades de control nacionales deben tener la facultad de abrir una investigación cuando se invoquen ante ellas vulneraciones de tales derechos. Si, una vez finalizada la investigación, dichas autoridades consideran que existen serios indicios de que, en un país con respecto al cual se ha dictado una decisión de adecuación, se ha vulnerado el derecho de los ciudadanos de la Unión a la protección de sus datos personales, deben poder suspender la transferencia de datos al destinatario establecido en dicho país tercero”.

puerto seguro previsto por la Decisión 2000/520, de una autoridad independiente que pueda controlar que la aplicación de las excepciones a los principios de puerto seguro se ciña a los casos estrictamente necesarios. Pues bien, como se ha indicado, el control llevado a cabo por una autoridad independiente constituye, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, un elemento esencial del respeto a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales<sup>701</sup>. También destacó la inexistencia de un órgano de Estados Unidos, ante el que los ciudadanos de la Unión pudieran dirigir sus reclamaciones frente a posibles vulneraciones del acuerdo de transferencia internacional de datos<sup>702</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 6 de octubre de 2015 y, gracias a la transferencia internacional de los datos realizada desde Europa a Estados Unidos, decide declarar inválida el acuerdo de Puerto Seguro que regía el flujo de datos de ambos países, al considerar el Tribunal que no garantizaba un adecuado nivel de protección de los datos de los ciudadanos de la Unión Europea<sup>703</sup>, resultando necesario transcribir a continuación, alguno de los principales argumentos esgrimidos en la sentencia.

En primer lugar, el Tribunal razona sobre la actividad de las agencias independientes de protección de datos, considerando que su labor en la protección del derecho

---

<sup>701</sup> *Ibidem*, conclusión 208.

<sup>702</sup> *Ibidem*, conclusión 211: “además, cabe señalar que la FISC no ofrece una tutela judicial efectiva a los ciudadanos de la Unión cuyos datos de carácter personal son transferidos a Estados Unidos. En efecto, las salvaguardias contra la vigilancia efectuada por los servicios gubernamentales en el marco del artículo 702 de la Ley de 1978 relativa a la vigilancia de los servicios de inteligencia extranjeros se aplican únicamente a los ciudadanos estadounidenses y a los extranjeros que residen legalmente y de manera permanente en Estados Unidos. Como señaló la propia Comisión, la supervisión de los programas estadounidenses de recogida de datos podría mejorarse fortaleciendo el papel de la FISC y estableciendo vías de recurso para los particulares. Estos mecanismos podrían reducir el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos europeos que no son pertinentes con fines de seguridad nacional”.

<sup>703</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M., “Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la Decisión Puerto Seguro”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 39, 2016, p. 10 y siguientes.

fundamental a la protección de datos de los ciudadanos europeos es fundamental y por ende: *“las autoridades nacionales de control, a las que una persona haya presentado una solicitud de protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de datos personales que la conciernen, deben poder apreciar con toda independencia si la transferencia de esos datos cumple con las exigencias establecidas por la Directiva comunitaria”*<sup>704</sup>.

Ahora bien, el fallo recuerda que la declaración de invalidez de un acto o norma comunitaria solo le corresponde al propio Tribunal, debiendo actuar la autoridad nacional independiente cuando se le presenten casos de investigaciones sobre transferencias internacionales de datos a terceros países, de dos posibles maneras: *“en el supuesto de que la referida autoridad llegue a la conclusión de que los datos alegados en apoyo de esa solicitud son infundados y la desestime por ello, la persona que haya presentado la solicitud debe disponer de recursos jurisdiccionales que le permitan impugnar esa decisión lesiva para ella ante los tribunales nacionales (...) esos tribunales están obligados a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez si estiman que uno o varios de los motivos de invalidez alegados por las partes o, en su caso, suscitados de oficio son fundados (...) En el supuesto contrario, cuando esa autoridad considere fundadas las alegaciones expuestas por la persona que le haya presentado una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales, la referida autoridad debe tener capacidad para comparecer en juicio”*<sup>705</sup>. También, como ha planteado la doctrina,

---

<sup>704</sup> Apartado 57 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, Asunto C-362/14, de 6 de octubre de 2015.

<sup>705</sup> *Ibidem*, apartados 64 y 65.

podrán evidentemente, suspender la transferencia internacional de datos cuando lo consideren oportuno en virtud de las evidencias presentadas<sup>706</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide pronunciarse sobre la validez de la Decisión 2000/520 por la que se establece el acuerdo de Puerto Seguro, comenzando para ello por delimitar, el concepto de un nivel de protección adecuado, exigencia determinada en la normativa comunitaria de protección de datos. En este sentido, la sentencia considera que: *“debe entenderse la expresión nivel de protección adecuado en el sentido de que se exige que ese tercer país garantice efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la Unión (...) resulta que es el ordenamiento jurídico del tercer país al que se refiere la decisión de la Comisión el que debe garantizar un nivel de protección adecuado. Aunque los medios de los que se sirva ese tercer país para garantizar ese nivel de protección pueden ser diferentes de los aplicados en la Unión para garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de esa Directiva entendida a la luz de la Carta, deben ser eficaces en la práctica para garantizar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la Unión”*<sup>707</sup>.

En el anexo número uno de la Decisión 2000/520 se encontraba una excepción a la aplicación de los principios sobre el tratamiento de datos reguladas en la misma, ya que, se permitía no aplicar los mismos a las empresas de Estados Unidos, cuando resultara necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley. Una excepción injustificada, así en palabras del Tribunal de

---

<sup>706</sup> SKRINJAR, M., “Schrems v. Data Protection Commissioner (Case C-362/14): Empowering National Data Protection Authorities”, en *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, nº 11, 2015, pp. 265 ss.

<sup>707</sup> *Ibidem*, apartados 73 y 74.

Justicia de la Unión Europea: *“dado el carácter general de la excepción prevista en el anexo I, párrafo cuarto, de la Decisión 2000/520, ésta hace posibles así injerencias, fundadas en exigencias concernientes a la seguridad nacional, el interés público y el cumplimiento de la ley de Estados Unidos, en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos personales se transfieren o pudieran transferirse desde la Unión a Estados Unidos. En ese sentido, para demostrar la existencia de una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada carece de relevancia que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia (...) además, la Decisión 2000/520 no contiene ninguna constatación sobre la existencia en Estados Unidos de reglas estatales destinadas a limitar las posibles injerencias en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos se transfieran desde la Unión a Estados Unidos, injerencias que estuvieran autorizadas a llevar a cabo entidades estatales de ese país cuando persigan fines legítimos, como la seguridad nacional”*<sup>708</sup>.

En virtud de lo anterior este Tribunal ya tenía argumentos para considerar inválido el sistema de Puerto Seguro de Protección de Datos personales, pero es que además, consideró que el acuerdo vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión Europea<sup>709</sup>, aduciendo al igual que el Abogado General de la Unión, la inexistencia de un órgano ante el que imponer reclamaciones por violaciones del acuerdo por parte de empresas de Estados Unidos. Así, en palabras de la sentencia: *“de igual manera, una normativa que no prevé posibilidad alguna de que el justiciable ejerza acciones en Derecho para acceder a los datos personales que le conciernen o para*

---

<sup>708</sup> *Ibidem*, apartados 88 y 89.

<sup>709</sup> Para profundizar sobre el mismo, obsérvese la obra de, LÓPEZ ESCUDERO, M., “Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en la obra colectiva coordinada por Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editado por la Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 739 a 758.

*obtener su rectificación o supresión no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta. En efecto, el artículo 47, párrafo primero, de ésta establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. En ese sentido, la existencia misma de un control jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia de un Estado de Derecho*<sup>710</sup>.

Por todo lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró, gracias a una solicitud de un usuario de *Facebook*, que consideró que la transferencia internacional de datos realizada por la citada red social a Estados Unidos, no cumplía con las exigencias comunitarias sobre protección de datos, la invalidez del régimen de Puerto Seguro de transferencia de datos entre Europa y Estados Unidos<sup>711</sup>. Sobre la citada sentencia, se ha destacado el relevante papel que otorga a las agencias independientes de protección de datos, a las que algún autor ha denominado los “superhéroes de la protección de datos”<sup>712</sup>, considerándose, en este sentido que, “por un lado el TJUE refuerza la idea de la independencia de las autoridades de control que ya venía manteniendo en su jurisprudencia anterior y, por otro, consolida el papel de las mismas como máximos

---

<sup>710</sup> *Ibidem*, apartado 95.

<sup>711</sup> RECIO GAYO, M., y ÁLVAREZ CARO, M., “La declaración de invalidez del Acuerdo de Puerto Seguro entre la UE y los EEUU por el TJUE (C-362/14)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, número 57, 2016, p. 110 y siguientes.

<sup>712</sup> PEERS, S., “When super-regulators fight: the one stop shop in the proposed Data Protection Regulation”, en *EU Law Analysis blog*, 2015, en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/03/basic-data-protection-principles-in.html>, (consultado el 26 de agosto de 2019).

guardianes de los derechos fundamentales en lo que respecta al tratamiento de datos personales”<sup>713</sup>.

También sobre la importancia de la sentencia se ha distinguido otras dos contribuciones importantes, aparte del empoderamiento de las agencias de protección de datos, así, “por primera vez, el TJUE consideró que la injerencia del acto normativo no respetaba el contenido esencial del derecho a la privacidad y, en segundo lugar, al identificar que la intrusión no respetaba la esencia de ese derecho, no fue necesario llevar a cabo un análisis de proporcionalidad, como si se realizó, en cambio, en *Digital Rights Ireland*, donde la invalidez de la Directiva se basó fundamentalmente en el resultado de este test”<sup>714</sup>. Aunque en este sentido, existen autores que lamentan la falta de citación por parte del TJUE al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al declarar la invalidez, de la decisión por vulneraciones de derechos fundamentales<sup>715</sup>.

La consecuencia lógica tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia era evidente, se hacía necesario reformar el sistema de transferencia de datos con Estados Unidos<sup>716</sup>, por ello, ambas partes se pusieron a negociar y adoptaron un nuevo sistema, el conocido como “Escudo de Privacidad” o en inglés, “*Privacy Shield*”<sup>717</sup>. El sistema actual, se basa en procesos de autocertificación, pero de revisión anual, novedad respecto al anterior sistema, de suerte tal que, las empresas deben cumplir en cada momento los principios de

---

<sup>713</sup> PUERTO, M.I., y PIETRO SFERRAZZA, T., “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, en *Revista Derecho del Estado*, número 40, 2018, p. 230.

<sup>714</sup> URÍA GAVILÁN, E., “Derechos Fundamentales versus vigilancia masiva: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 Schrems)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 53, 2016, p. 276.

<sup>715</sup> CALLEWAERT, J., “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, en *Journal Européen des droits del homme*, número 32, 2014, p. 500.

<sup>716</sup> LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., “Cómo transferir datos personales a EEUUefectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre "puerto seguro" ("safe harbor")”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, número 76, 2015, p. 47 y siguientes.

<sup>717</sup> Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU.



privacidad allí expresados, aunque estos se modifiquen, además debe destacarse en el sistema actual de transferencia internacional de datos que, se interponen límites al acceso de los datos por parte de los organismos públicos de Estados Unidos<sup>718</sup>.

Además, se articulan sistemas para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión, como es la creación de un sistema alternativo de resolución de conflictos y además podrán, “dirigirse además a las autoridades nacionales de control, al Departamento de Comercio y a la Comisión Federal del Mercado de Estados Unidos. El acuerdo también crea un panel de resolución de controversias para cuando hayan fracasado las demás opciones de reparación. Y no olvidemos, la nueva figura del Defensor creada solamente a los efectos del amparo de los damnificados por los flujos de datos hacia Estados Unidos. A parte de estas posibilidades, los ciudadanos europeos, sin necesidad de ser residentes en territorio americano, ahora ya pueden acudir ante los tribunales estadounidenses para solicitar su auxilio en caso de ver vulnerado su derecho a la protección de sus datos personales”<sup>719</sup>.

Lo cierto es, concluyendo ya el análisis del régimen derivado de transferencias internacionales de datos, el nuevo sistema ha despertado una serie de críticas, considerando algunos autores que solo cumple de manera parcial las exigencias descritas en la sentencia objeto de análisis<sup>720</sup> y, otros plantean dudas entre la compatibilidad del nuevo sistema y la normativa actual de protección de datos<sup>721</sup>.

---

<sup>718</sup> GÓMEZ SANTOS, M., “Del puerto seguro al "privacy shield" las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen”, en la obra colectiva coordinada por Sosa Olán, H., *Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial*, Ratio Legis, Madrid, 2017, pp. 245 ss.

<sup>719</sup> CHICHARRO LÁZARO, A., “El nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos para la transferencia de datos personales compartidos en redes sociales”, obra colectiva coordinada por Herrero Gutiérrez, F.J., *Del Verbo al bit*, Sociedad Latina de Comunicación Social, Madrid, 2017, p. 1060.

<sup>720</sup> TERPAN, F., “EU-US Data Transfer from Safe Harbour to Privacy ShieldBack to Square One?”, en *European papers: a journal on law and integration*, volumen 3, número 3, 2018, p. 1046 y siguientes.

<sup>721</sup> BLASI CASAGRAN, C., “Nuevo régimen jurídico para la transferencia de datos entre la UE y los Estados Unidos ¿Es compatible con la normativa europea de protección de datos?”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 42, 2017, p. 195 y siguientes.

## **B) Contribuciones fundamentales de la STJUE de 25 de enero de 2018:**

### ***Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited***

La segunda controversia jurídica resuelta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde interviene *Facebook*, incluso de manera más directa que la analizada con anterioridad, ha provocado una constatación jurídica trascendental, la consideración de consumidores a los usuarios de las redes sociales<sup>722</sup>. Es el momento, por tanto, de analizar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero del año 2018, conocida como *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*<sup>723</sup>, donde de nuevo, el joven austriaco Max Schrems, vuelve a demandar a *Facebook* por incumplir la normativa de protección de datos comunitaria.

El resumen de los hechos que dieron lugar al litigio ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el siguiente: El Sr. Schrems tenía desde el año 2010 una cuenta de *Facebook* que utilizaba para sus actividades privadas, como el intercambio de fotos, el chateo y la publicación de aportaciones, donde aproximadamente contaba con doscientos cincuenta amigos. Además, un año más tarde, en 2011, creó y registró una página de *Facebook* a fin de informar a los internautas sobre sus acciones contra *Facebook*, sus conferencias, sus participaciones en debates públicos y sus apariciones en los medios, además de para solicitar donaciones y hacer publicidad de sus libros. En el ejercicio de sus acciones frente a la citada red social, el demandante fundó una asociación destinada al respeto de la protección de datos, sin ánimo de lucro, cuyo objetivo era apoyar financieramente procesos-modelo de interés general contra empresas que puedan poner en peligro dicho derecho fundamental, recibiendo para ello diversas donaciones.

---

<sup>722</sup> Cuestión sobre la que se incidirá en el último apartado del presente capítulo, cuando se analice el ejercicio de acciones de responsabilidad civil frente a los proveedores de redes sociales.

<sup>723</sup> Asunto C-498/16, Maximilian Schrems vs. *Facebook Ireland Limited*, STJUE de 25 enero de 2018.

El Sr. Schrems formuló ante el Tribunal Regional Civil de Viena, ya que se trata de un nacional y residente en dicha ciudad, presentó una demanda de incumplimiento contractual frente a *Facebook Ireland*, recuérdese, responsable del tratamiento de datos de *Facebook*, por entender éste, que no se habría respetado su derecho fundamental a la protección de datos. Presenta la demanda ante los Tribunales de su domicilio habitual, al considerar él que, se trata de un consumidor y que por tanto, puede acogerse a los fueros de Derecho Internacional Privado de protección a los consumidores<sup>724</sup>. Además, formula idénticas pretensiones para siete personas que le han cedido sus derechos.

*Facebook* contestó a la demanda, alegando la falta de competencia, considerando que el señor Schrems no era un consumidor, debido a que contaba con una página en la citada red social, donde desarrollaba actividades profesionales, alegaciones que fueron compartidas por el Tribunal Regional Civil de Viena. Ante la citada desestimación, el demandante interpuso recurso frente al Tribunal Superior Regional de Viena, que modificó parcialmente dicha resolución. Estimó las pretensiones relacionadas con el contrato celebrado personalmente entre el demandante en el litigio principal y la demandada en el litigio principal. En cambio, desestimó el recurso en la medida en que tenía por objeto los derechos cedidos, debido a que el fuero del consumidor está reservado al demandante en el litigio principal cuando formula pretensiones propias.

Ante la decisión anterior, ambas partes recurrieron, llegando el asunto al Tribunal Supremo de Austria que decidió suspender el procedimiento, elevando así dos cuestiones prejudiciales: 1) La primera dirigida a conocer si es aplicable el fuero del consumidor a una persona que tiene una página en una red sociales donde realiza conferencias o recauda

---

<sup>724</sup> Sobre el mismo, obsérvese la obra de, CASTELLANOS RUIZ, M.J., “El foro de consumidores: Comentarios a la sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9, número 2, 2017, p. 645 y siguientes.

donaciones y, 2) la segunda relativa a considerar si es posible aplicar el fuero del consumidor, en los supuestos de cesión de derechos.

El Abogado General de la Unión Europea presentó sus conclusiones el 27 de noviembre del año 2017, las cuales son sorprendentemente mucho más amplias que, los razonamientos otorgados después por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se expondrán posteriormente. En sus razonamientos, el Abogado General considera que no es sencillo, determinar cuando se produce un uso de consumidor o no en una red social, pudiendo diferenciarse claramente eso sí, en el uso de la citada red social por parte de algunos jóvenes, así citando sus propias palabras: “por supuesto, hay casos que no dejan lugar a dudas. Por un lado, está el perfil de un adolescente con toda una serie de *selfies* sueltos con comentarios que contienen más emoticonos y signos de exclamación que palabras. Engloba un universo social singular, pero, sin duda, no profesional, evaluado por el número de «*Me gusta*» recibidos y por el número de amigos de *Facebook*. Por otro lado, está la presentación claramente comercial de una gran empresa que, a pesar de utilizar *Facebook* como herramienta de publicidad, se las arregla para tener un número sorprendente de «amigos» y «seguidores»<sup>725</sup>.

Prosigue el Abogado General sus razonamientos invocando, incluso la figura de profesor universitario, persona que puede compartir en su red social, sus publicaciones, opiniones académicas, por las que incluso puede alcanzar cierta fama y ser llamado para dar conferencias remuneradas a determinados eventos, hechos que para el Abogado General: “no confieren un carácter profesional o comercial a una cuenta de *Facebook*. De hecho, la naturaleza de una red social, diseñada para fomentar el desarrollo personal y la comunicación, puede generar de una manera prácticamente inevitable una situación en la

---

<sup>725</sup> Apartado 45 de las conclusiones del Abogado General de la Unión Europea en el asunto C-498/16.

que el ámbito profesional de una persona se cuele en la red. Sin embargo, todas estas modalidades de uso son, sin duda, expresión de la persona y de su personalidad. Si bien está claro que, de un modo u otro, algunos de dichos usos contribuyen a la «autopromoción» y mejora de la situación profesional, quizá solo lo hagan a largo plazo. No tienen por objeto provocar un efecto comercial inmediato»<sup>726</sup>.

También resulta interesante la distinción contractual que realiza el Abogado General. En efecto, razona sobre la posible existencia de dos contratos distintos, uno para el establecimiento de una cuenta privada y otro para la creación de una página. *Facebook* sostenía que el contrato era el mismo y que, por tanto al realizar el señor Schrems actividades comerciales, no podría ser considerado un consumidor, mientras que el demandante sostenía que existían dos contratos distintos, invocando el su condición de consumidor por el contrato existente entre *Facebook* y su persona, por la creación de cuenta privada. Para el Abogado General esta cuestión debe ser resuelta por los tribunales nacionales de los diferentes países, aunque eso sí, establece que a su juicio, en su conclusión número 61 que el señor Schrems, tiene la consideración de consumidor y por tanto, podría interponer una demanda contra la red social en los tribunales de su propio domicilio<sup>727</sup>.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, el Abogado General considera poco fundados los razonamientos emitidos por el demandante para la aplicación del fuero del consumidor a las siete personas que le habían cedido sus derechos y, sostiene que: “la diferencia clave radica en que lo que solicita en realidad el demandante no es la aprobación de una competencia especial, sino la creación de una nueva competencia especial respecto a otro

---

<sup>726</sup> *Ibidem*, apartado 48.

<sup>727</sup> COLOMINAS GUTIÉRREZ, D., “Schrems v *Facebook*: The Consumer Definition in the Framework of Digital Social Networks”, en *European Data Protection Law Review*, volumen 4, 2018, pp. 543 ss.

consumidor que no era parte en el contrato inicial”<sup>728</sup>. Por ello, considera que el Tribunal debe responder a la segunda cuestión prejudicial de forma negativa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea pronuncia su sentencia el 25 de enero de 2018, fallo que como se dijo con anterioridad, alberga importantes repercusiones prácticas, sobre todo desde el punto de vista jurídico-privado. Comienza recordando el régimen competencia internacional establecido por el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>729</sup>, disposición actualmente derogada, ya que la que se encuentra en vigor es el Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>730</sup>, de forma abreviada, Reglamento 1215. Dicho régimen, tanto el anterior como el actual, establece que la aplicación del fuero del consumidor que alegaba ostentar el señor Schrems, es una excepción a la regla general, la cual le permitiría demandar a *Facebook* en su propio domicilio, en cambio, la regla principal es que se debe demandar en el domicilio del demandado<sup>731</sup>.

Continuando con lo anterior, en relación a esa excepción para la aplicación del fuero del consumidor, el Tribunal realizó una interpretación sobre el concepto de consumidor<sup>732</sup>, la cual: “*debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la*

---

<sup>728</sup> *Ibidem*, apartado 110.

<sup>729</sup> Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, «DOCE» núm. 12, de 16 de enero de 2001.

<sup>730</sup> Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>731</sup> HASLACH, J., “International jurisdiction in consumer contract cases under the Brussels I Regulation: Schrems”, en *Common Market Law Review*, volumen 2, número 56, 2019, p. 559 y ss.

<sup>732</sup> Sobre este concepto, puede verse la obra de CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 3, número 1, 2011, p. 86 y siguientes.

*posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (...) sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional*<sup>733</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea prosigue abordando la cuestión relativa a la posible existencia de una relación contractual o dos entre el señor Schrems y *Facebook*, recuérdese que para el demandante, existían dos contratos distintos, concretamente uno para la página de *Facebook* y otro para la cuenta de *Facebook*. En cambio, según *Facebook Ireland*, la cuenta de *Facebook* y la página de *Facebook* forman parte de una única relación contractual. Pues bien, al igual que ocurrió con las conclusiones del Abogado General de la Unión, el Tribunal consideró que la consideración sobre la existencia de una o dos relaciones contractuales correspondía a los Estados miembros, pero que la misma, no afecta a la posible consideración del señor Schrems como consumidor o no de la red social *Facebook*.

Para el Tribunal el factor determinante para resolver la primer cuestión prejudicial, no radica en la dualidad o no de relaciones contractuales, sino en el uso de la red social realizado por el demandante durante todo el tiempo que ha permanecido en ella. Así, en

---

<sup>733</sup> Apartados 29 y 30 de la STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, Maximilian Schrems vs. *Facebook Ireland Limited*.

palabras de la sentencia: “*procede tener en cuenta sobre todo, en el caso de los servicios de una red social digital que van a ser utilizados durante un largo período de tiempo, la evolución posterior del uso que se hace de dichos servicios (...) Esta interpretación implica, en particular, que un demandante usuario de tales servicios sólo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional*”<sup>734</sup>.

Así, analizando la actividad descrita realizada por el demandante en su página y la creación de la asociación sin ánimo de lucro en defensa de la privacidad en Europa, el Tribunal consideró que, esos hechos, unidos a la especialización en Derecho del señor Schrems, resultaban merecedores de privarle de su condición de consumidor. De sus propias palabras se extrae que: “*una interpretación del concepto de «consumidor» que excluyese tales actividades equivaldría a impedir una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales*”<sup>735</sup>.

Por tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera y aclara el *concepto de consumidor en una red social*<sup>736</sup>, hecho crucial y determinante para el ejercicio de acciones civiles frente a las citadas redes sociales. En este sentido, consideramos bastante acertados los razonamientos otorgados por el Tribunal en relación a la importancia de la existencia de uno o dos contratos en la relación del señor Schrems con *Facebook*, ya que lo determinante es el uso dado por el usuario y no la citada cuestión. Aun así, parte de la

---

<sup>734</sup> *Ibidem*, apartados 37 y 38.

<sup>735</sup> Apartado 40 de la STJUE de 25 de enero de 2018.

<sup>736</sup> LUTZI, T., “What’s a consumer? (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volumen 25, número 3, 2018, p. 376 y siguientes.



doctrina considera que, si solo existiera una relación contractual, no podría aplicarse la condición de consumidor al demandante: “ya que si se considerase que los diferentes servicios forman parte de un único contrato, ello podría provocar que, quienes deberían ser considerados consumidores con respecto a un determinado servicio, acabarían viéndose arrastrados por el uso profesional que hacen de otros servicios. Por ello, consideramos que cada servicio debería ser tratado como un contrato independiente, así, si una red social ofrece el servicio de una cuenta para fines privados y el servicio de una página para fines profesionales, en las reclamaciones que el usuario realice en el ámbito de la primera, consideramos que merece una protección como consumidor”<sup>737</sup>.

Sin embargo, al igual que ocurrió con las conclusiones del Abogado General, el Tribunal consideró que el citado foro no resultaba de aplicación para el ejercicio de derechos cedidos, realizando una serie de reflexiones interesantes sobre la materia<sup>738</sup>. Para responder a la segunda cuestión prejudicial, comienza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recordando la posición débil del consumidor en las relaciones de consumo<sup>739</sup>, hecho que provoca la aplicación de un fuero excepcional en el régimen de Derecho internacional privado, eso sí, fuero que solo podrá ser de aplicación al contrato en cuestión y, no al que no ha participado en el mismo<sup>740</sup>. Así, rescatando sus propias palabras, el citado régimen: “*está inspirado por el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos*

---

<sup>737</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., “La noción de consumidor en Internet: El asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 11, número 1, 2019, p. 717.

<sup>738</sup> KYSELOVSKÁ, T., “A Critical Perspective on the Development of Internet Related Case Law for Online Consumer Contracts in the EU”, en la obra colectiva coordinada por Melecký, E., *Proceedings of the 4th International Conference on European Integration*, editada por la Technical University of Ostrava, Ostrava, 2018, p. 895 y siguientes.

<sup>739</sup> Nota propia de la relación contractual de consumo, como puede observarse, entre otras, en la obra de, ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Consumo: Análisis jurídico-privado de la Ley General para la defensa de los consumidores de 2007*, editorial Dykinson, Madrid, 2012, p. 18 y siguientes.

<sup>740</sup> Véase al respecto, CARRIZO AGUADO, D., “La relación de causalidad como indicio justificativo de la actividad dirigida en el contrato internacional de consumo: Análisis del foro de protección de la parte débil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, número 1, 2016, p. 316 y siguientes.

*experimentada que su cocontratante, sólo se protege al consumidor cuando es personalmente demandante o demandado en un procedimiento. Por tanto, el demandante que no es, él mismo, parte en el contrato celebrado con consumidores de que se trate no puede acogerse al fuero del consumidor. Estas consideraciones deben ser válidas también por lo que respecta a un consumidor cesionario de los derechos de otros consumidores”<sup>741</sup>.*

Lo que ocurría en el proceso se resumía en la existencia de una cesión de derechos de siete usuarios de *Facebook* a una persona física, para que ejerciera sus acciones en su nombre, en su mismo tribunal de residencia, los de Viena. Para el Tribunal de Justicia, la anterior técnica no encuentra su justificación legal, ya que el: *“hecho de que el cesionario consumidor pueda en todo caso interponer una acción ante el tribunal del lugar de su domicilio en virtud de los derechos que para él personalmente se derivan de un contrato celebrado con el demandado, análogos a los que le han sido cedidos, no puede hacer que éstos queden también sometidos a la competencia de dicho tribunal”<sup>742</sup>.*

Menciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea su jurisprudencia anterior sobre transmisión de créditos, donde se consideró que la misma no puede alterar la determinación del tribunal competente<sup>743</sup>, concluyendo por tanto, que la cesión de los derechos realizados no permite invocar el régimen de competencia prevista para el consumidor individual, es decir, al igual que el Abogado General, responde negativamente a la segunda cuestión prejudicial planteada.

---

<sup>741</sup> *Ibidem*, apartado 43.

<sup>742</sup> *Ibidem*, apartado 47.

<sup>743</sup> Apartado 58 del Asunto C-147/12, ÖFAB, STJUE de 18 de julio de 2013

### C) Postulados clave de la STJUE de 5 de julio de 2018: *Wirtschaftsakademie*

La tercera sentencia objeto de análisis, es la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 5 de julio de 2018<sup>744</sup>, donde se dilucidaba sobre si el administrador de una página de *Facebook*, podría o no, ser considerado corresponsable del tratamiento de datos efectuado por la red social. En efecto, la academia *Wirtschaftsakademie*, de origen alemán, ofrecía servicios de formación mediante una página de fans alojada en *Facebook* y fue sancionada por parte de la agencia de independiente alemana de protección de datos, debido a que mediante su página de *Facebook*, obtenía una serie de estadísticas anónimas sobre los visitantes de esas páginas mediante una herramienta denominada *Facebook Insight*, que *Facebook* pone gratuitamente a su disposición conforme a condiciones de uso no modificables. Estos datos se recogían gracias a una serie de *cookies*, cada uno de los cuales contiene un código de usuario único, activos durante dos años y almacenados por *Facebook* en el disco duro del ordenador o en cualquier otro soporte de los visitantes de la página de fans. El código de usuario, que puede vincularse a los datos de conexión de los usuarios registrados en *Facebook*, se recogía y trataba en el momento en que se abren las páginas de fans<sup>745</sup>.

El problema no radicaba en el establecimiento de las *cookies*, sino en la falta de información de las mismas a los visitantes de la página de fans, información que no era suministrada ni por la academia alemana ni por *Facebook*, hecho que provocó que la agencia de protección de datos alemana solicitara el cierre de la página en *Facebook*, al considerar a la academia que la gestionaba, corresponsable del tratamiento de datos de los usuarios junto a *Facebook*. Ante la citada resolución, la academia de formación

---

<sup>744</sup> Asunto C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein vs. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, STJUE de 5 de junio de 2018.

<sup>745</sup> LINDROOS-HOVINHEIMO, S., “Who controls our data? The legal reasoning of the European Court of Justice in *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* and *Tietosuojavaltuutettu v Jehovan todistajat*”, en *Information & Communications Technology Law*, volumen 28, número 2, 2019, p. 227 y siguientes.

alemana comenzaría a recurrir las diferentes resoluciones existentes, hasta que el asunto tuvo que ser examinado por el Tribunal Supremo de Alemania, en su Sala de lo Contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo alemán, estima que en virtud de la normativa comunitaria de protección de datos, no se podría considerar responsable del tratamiento a la academia administradora de la página en *Facebook*, aunque en virtud de las última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya analizadas en el presente trabajo, donde se ha realizado una interpretación expansiva de la normativa comunitaria sobre protección de datos, para ampliar la protección de los ciudadanos europeos, decidió suspender el procedimiento, elevando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, para que el citado ente, fijara la posible corresponsabilidad en el tratamiento de datos del administrador de una página de *Facebook*, junto precisamente, a la del proveedor de la citada red social.

El Abogado General presentó sus conclusiones el 24 de octubre del año 2017 y en ellas, sin ningún ápice de dudas, consideró que el administrador de una página de *Facebook*, debe ser considerado corresponsable del tratamiento junto a la red social. Los razonamientos del Abogado General, comenzaron advirtiendo la ventaja comercial del uso del citado instrumento por parte de la academia de formación alemana, considerando a la misma como: “un usuario de *Facebook*, al que debe recurrir para utilizar sus herramientas y disfrutar de este modo de una mejor visibilidad. Esta constatación, no obstante, no puede excluir que también se le pueda considerar responsable de la fase del

tratamiento de datos personales que constituye el objeto del litigio principal, a saber, la obtención de tales datos por *Facebook*<sup>746</sup>.

Para el Abogado General, el hecho de que las *cookies* por la que obtiene la información de los visitantes, sean creados por *Facebook*, no supone una excepción de responsabilidad por parte del administrador de la página de la red social, ya que se sirve de ellos, para obtener importante información sobre sus visitantes. Así, citando sus palabras, el tratamiento de esos datos: “no podría producirse sin la decisión previa del administrador de una página de fans de crearla y explotarla en la red social *Facebook*. Al hacer posible el tratamiento de los datos personales de los usuarios de la página de fans, el gestor de dicha página entra a formar parte del sistema establecido por *Facebook*. De este modo, adquiere una mayor visibilidad sobre el perfil de los usuarios de su página de fans y, al mismo tiempo, permite a *Facebook* orientar mejor la publicidad que se muestra en el marco de esta red social. Al aceptar los medios y los fines del tratamiento de los datos personales, tal como vienen predefinidos por *Facebook*, debe considerarse que el gestor de la página de fans participa en su determinación. Asimismo, del mismo modo que el administrador de una página de fans ejerce así una influencia determinante en la activación del tratamiento de datos personales de las personas que consulten dicha página, también puede hacer cesar dicho tratamiento cerrando su página de fans”<sup>747</sup>.

Además, el Abogado General constató que el administrador de una página de *Facebook*, puede utilizar una serie de filtros que influyen en los datos personales la red social les muestra, considerando que: “además de ser el elemento que da lugar al tratamiento de tales datos al crear una página de fans, el administrador de dicha página

---

<sup>746</sup> Conclusión número 53 del Abogado General en el asunto C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein vs. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH.

<sup>747</sup> *Ibidem*, conclusión número 56.

tiene en consecuencia un papel preponderante en la realización de dicho tratamiento por *Facebook*. De este modo participa en la determinación de los medios y los fines de dicho tratamiento, al ejercer una influencia de hecho al respecto”<sup>748</sup>.

Por tanto, el Abogado General de la Unión, clarificó que a su criterio el administrador de una página de *Facebook*, debe ser considerado corresponsable del tratamiento junto a la red social. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictó su sentencia el 5 de julio del año 2018, donde como se expondrá, confirmó plenamente la argumentación mantenida por el Abogado General.

En primer lugar, el Tribunal razona sobre la responsabilidad de *Facebook* en la colocación de las *cookies* en cuestión, red social que, evidentemente, se le debe atribuir la condición de responsable del tratamiento ya que: “*mediante cookies que Facebook coloca en el ordenador o en cualquier otro aparato de las personas que visitan la página de fans, cuya finalidad es almacenar información sobre los navegadores web y que permanecen activas durante dos años si no se borran. Asimismo se desprende de dichos autos que, en la práctica, Facebook recibe, guarda y trata los datos almacenados en las cookies, en particular, cuando una persona visita «los servicios de Facebook, los servicios ofrecidos por otras empresas de Facebook y los servicios ofrecidos por otras empresas que utilizan los servicios de Facebook». Además, otras entidades, como los socios de Facebook o incluso terceros, «pueden utilizar cookies en los servicios de Facebook para [ofrecer servicios directamente a dicha red social], así como a las empresas que se anuncian en Facebook»*<sup>749</sup>.

---

<sup>748</sup> *Ibidem*, conclusión número 57.

<sup>749</sup> Apartado número 33 del Asunto C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein vs. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, STJUE de 5 de junio de 2018.

Evidentemente, a través de los sistemas anteriores, *Facebook* obtiene una serie de ventajas comerciales y, además, puede servir información a los administradores de las páginas sobre el perfil o intereses de sus visitantes. Aunque el simple hecho de ser usuario de una red social, no te convierta en corresponsable del tratamiento allí realizado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera sobre la actividad realizada por el administrador de una página de *Facebook* que: “*la creación de una página de fans en Facebook implica por parte de su administrador una acción de configuración, en función, entre otros aspectos, de su audiencia destinataria, así como de los objetivos de gestión o de promoción de sus actividades, que influye en el tratamiento de datos personales a efectos de la elaboración de las estadísticas establecidas a partir de las visitas de la página de fans. El administrador puede, gracias a filtros que Facebook pone a su disposición, definir los criterios a partir de los cuales deben elaborarse esas estadísticas e incluso designar las categorías de personas cuyos datos personales serán objeto de explotación por parte de Facebook. Por consiguiente, el administrador de una página de fans alojada en Facebook contribuye al tratamiento de los datos personales de los visitantes de su página*”<sup>750</sup>.

Gracias a los filtros indicados por el administrador de la página a la red social, el mismo obtendrá una serie de datos muy valiosos sobre sus posibles destinatarios, como cuestiones, de edad, de sexo, perfil profesional o, como no, intereses comerciales. A lo anterior habrá además que sumar “*datos geográficos que permiten al administrador de la página de fans saber dónde efectuar promociones especiales u organizar eventos y, con carácter más general, dirigir de forma óptima su oferta de información*”<sup>751</sup>.

---

<sup>750</sup> *Ibidem*, apartado número 36.

<sup>751</sup> *Ibidem*, apartado número 37.

También recalca el Tribunal que la información que recibe el administrador de la página de *Facebook*, se encuentra anonimizada, pero aun así, las anteriores consideraciones son suficientes para considerar al mismo, corresponsable del tratamiento de datos efectuado en la página. Circunstancia que además se agrava, por el hecho de que para visitar una página web de *Facebook*, no hace falta estar registrado en la red social, es decir, cuando se producía esa circunstancia se estaba recopilando datos personales incluso de no usuarios, situación que produce que: “*la responsabilidad del administrador de la página de fans respecto del tratamiento de los datos personales de tales personas resulta aún mayor, pues la mera consulta de la página de fans por parte de los visitantes desencadena automáticamente el tratamiento de sus datos personales*”<sup>752</sup>.

Por tanto, de la presente sentencia se obtiene, como un administrador de una página de *Facebook*, también puede ser considerado corresponsable del tratamiento de datos personales, incluso de no usuarios, hecho con enormes repercusiones prácticas en el caso del establecimiento de posibles demandas por daños producidos, debido a incorrectos tratamientos de datos personales<sup>753</sup>, aunque debe recordarse que en virtud de las reglas sobre responsabilidad introducidas del artículo 82 RGPD, el hecho de ser considerado corresponsable, no significa que se haya influido en la creación y producción del daño en la misma intensidad<sup>754</sup>.

---

<sup>752</sup> *Ibidem*, apartado número 41.

<sup>753</sup> Se plantea la doctrina si en virtud del pronunciamiento objeto de análisis, herramientas como las tiendas de aplicaciones existentes en los Smartphone actuales, no pueden ser consideradas también como responsables del tratamiento, ya que ofrecen los datos de las descargas de los usuarios a los desarrolladores de aplicaciones. Obsérvese, ESKENS, S., “A right to reset your user profile and more: GDPR-rights for personalized news consumers”, en *Internatonal Data Privacy Law*, volumen 0, número 0, 2019, página 4: “App stores, where people can download news applications for their devices, often also have an important role in determining the level of data protection offered to users, next to the controllers and processors”,

<sup>754</sup> MAHIEU, R., VAN HOBOKEN, J., y ASGHARI, J., “Responsibility for Data Protection in a Networked World: On the Question of the Controller, Effective and Complete Protection and Its Application to Data Access Rights in Europe”, en *Journal Intell. Prop. Info. Tech. & Elec* , número 10, 2019, pp. 84 ss.



#### **D) Determinaciones básicas de la STJUE de 29 de julio de 2019: *Fashion ID***

La última sentencia objeto de análisis es la pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 29 de julio del año 2019, el conocido asunto *Fashion ID*<sup>755</sup>, donde se analizó los efectos de la colocación del conocido como botón <sup>756</sup> de *Facebook* en una página de un tercero, en concreto, sobre si dicha colocación del citado botón, puede otorgar también al citado tercero, la consideración de corresponsable del tratamiento junto a *Facebook*<sup>757</sup>.

En concreto, la empresa de comercio electrónico *Fashion ID*, dedicada a la venta de ropa, colocó en su página web el conocido botón “*Me gusta*”<sup>758</sup> de *Facebook*, hecho que provocó que una asociación de consumidores alemana, le demandara solicitando una indemnización por incumplir la normativa de protección de datos, al no avisar y solicitar el consentimiento a los internautas de la recaudación de datos personales y su posterior transmisión a *Facebook*, hecho que se produce tanto si se pincha en el famoso botón como si no se hace. La controversia jurídica originada, obligó a los tribunales alemanes a suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial, consistente en dilucidar la posible corresponsabilidad en el tratamiento de datos por parte de la empresa *Fashion ID* y, en el caso de que fuera estimada, se determinara a quien de los dos sujetos responsables,

---

<sup>755</sup> Asunto C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV*, STJUE de 29 de julio del año 2019.

<sup>756</sup> También se pueden identificar conductas de consumo a través de los emoticonos colocados por *Facebook* al lado del botón “*Me gusta*”. Obsérvese al respecto la obra de, MOUSA, S., “An emoji-based metric for monitoring consumers’ emotions toward brands on social media”, en *Marketing Intelligence & Planning*, volumen 37, número 2, 2019, pp. 211 a 225.

<sup>757</sup> También resulta interesante, aunque su análisis se pospone hasta el último apartado del presente capítulo, la contienda resuelta en la citada sentencia sobre la legitimación de asociaciones de protección de datos, para presentar demandas colectivas en cada de incumplimientos generalizados en el tratamiento de datos personales.

<sup>758</sup> Sobre el mismo, se ha escrito que, hacer clic o no sobre el mismo puede suponer una especie de control social. Véase, PING CHANG, C., “Searching on *Facebook* Through the Lens of the Concept of Privacy”, en la obra colectiva coordinada por Özyer, T., *Social Networks and Surveillance for Society*, p. 142: “For example, the *Facebook* sidebar ticker visualized users’ online activities. It is a convenient tool for tracking someone’s activities on social networking sites, such as what he/she posted, what he/she pushed the “like” button, or who he/she just friended, and also allows users to realize that they are watched. This phenomenon gives users some mental pressure such as feeling anxious, self-restraint, or self-censorship, or even further forming an atmosphere of social control”

a *Facebook* o a la empresa de comercio electrónico, le incumbe cumplir con las obligación de información y obtención del consentimiento para tratar los datos de sus usuarios.

El Abogado General de la Unión Europea presentó sus conclusiones el 19 de diciembre de 2018, en las que consideró a *Fashion ID* como corresponsable del tratamiento junto a *Facebook* por la colocación del botón “*Me gusta*”, pero, dicha afirmación la realizó con cierta resignación, como se expondrá.

El Abogado General, citando las sentencia analizada con anterioridad y, la ya también analizada sobre la comunidad Cristiana de Testigos de Jehová, consideró que *Fashion ID* era corresponsable del tratamiento de datos efectuado ya que: “en primer lugar, parece que la demandada posibilitó a *Facebook Ireland* la obtención de los datos personales de los usuarios de su página web, al utilizar el plug-in en cuestión (...) en segundo lugar, es cierto que, no parece que la demandada determine la configuración de información alguna sobre los usuarios de su página web que le vaya a ser devuelta en formato anónimo o en otro formato. El «beneficio» perseguido parece ser la publicidad gratuita de sus productos, que supuestamente tiene lugar cuando el usuario de su página web decide clicar el botón «*Me gusta*» de *Facebook* para compartir, mediante su cuenta en dicha red, sus impresiones acerca de, pongamos, un vestido de noche negro. Así pues, y a reserva de la comprobación de los hechos que haga el órgano jurisdiccional remitente, el uso del plug-in permite a la demandada optimizar la publicidad de sus productos al mostrarlos en *Facebook*”<sup>759</sup>.

Por tanto, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, al facilitar la demandada la obtención de datos personales por parte de *Facebook* y, a pesar de no obtener después

---

<sup>759</sup> Conclusión 67 y 68 del Abogado General sobre el asunto C-40/17: *Fashion ID GmbH & Co. KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV* de 19 de diciembre de 2018.

datos ni anonimizados, como ocurría en el anterior caso analizado, pero si en el supuesto de la sentencia sobre la comunidad religiosa, el Abogado General consideró que *Fashion ID* debía ser considerada corresponsables del tratamiento junto a *Facebook*. Ahora bien, el Abogado General tomó la anterior consideración con resignación al considerar la necesidad de una mayor concreción sobre el término corresponsabilidad del tratamiento, ya que si el simple hecho de facilitar la obtención de datos, es causador de responsabilidad, la misma podría extenderse a sujetos disparatados, así: “¿no tendría acaso el proveedor de acceso a Internet, que hace posible el tratamiento al facilitar el acceso a Internet, o incluso el proveedor de la electricidad, la consideración de corresponsable del tratamiento con la consiguiente posibilidad de incurrir en responsabilidad conjunta por el tratamiento de datos personales?”<sup>760</sup>.

Además, en relación al nivel de responsabilidad imputable a la compañía *Fashion ID*, el Abogado General sostuvo que solo era responsable de la fase de recogida y transmisión, siendo exclusiva la responsabilidad de *Facebook* en el resto de fases del tratamiento de datos. Así, citando sus palabras, la colocación del botón “*Me gusta*”, “parece estar inspirada por el deseo de aumentar la visibilidad de los productos de la demandada por medio de las redes sociales. Al mismo tiempo, da la impresión también de que los datos transferidos a *Facebook Ireland* se utilizan para los propios fines comerciales de esta última (...) A pesar de que el uso comercial concreto de los datos puede no ser el mismo, en términos generales tanto la demandada como *Facebook Ireland* parecen perseguir fines comerciales complementarios entre sí. De este modo, si bien no hay identidad, sí existe unidad de fines: existe una finalidad comercial y publicitaria (...). Por lo tanto, atendiendo a los hechos del presente asunto, parece que la demandada y *Facebook Ireland* deciden conjuntamente sobre los medios y los fines del tratamiento de los datos en la fase

---

<sup>760</sup> *Ibidem*, apartado 74.

de recogida y transmisión de los datos personales en cuestión. A este respecto, la demandada actúa como responsable del tratamiento, y su responsabilidad, también a este respecto, es conjunta con la de *Facebook Ireland* (...). Asimismo, considero que la responsabilidad de la demandada debe limitarse a la fase del tratamiento de datos en la que participa, y que no se puede extender a todas las eventuales fases posteriores del tratamiento si se producen fuera de su control y, según parece, incluso sin su conocimiento”<sup>761</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre el asunto el 29 de julio del año 2019, considerando, con un número bastante inferior, por no decir inexistentes, de prejuicios a *Fashion ID* como corresponsable del tratamiento, lógicamente, continuando con sus razonamientos jurisprudenciales existentes sobre la cuestión. Así, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la repercusión en la obtención de datos por parte de la demandada es evidente: “*al haber insertado en su sitio de Internet el botón Facebookde Facebook, Fashion ID parece haber ofrecido a Facebook Ireland la posibilidad de obtener datos personales de los visitantes de su sitio de Internet, posibilidad que se genera desde el momento en que se consulta tal sitio, y ello con independencia de que dichos visitantes sean miembros de la red social Facebook o de que hayan clicado en el botón Facebookde Facebook o incluso de que tengan conocimiento de tal operación*”<sup>762</sup>.

Sobre el alcance de la responsabilidad de *Fashion ID*, el Tribunal coincide con el Abogado General, al considerar que, la misma, solo puede venir referida a la etapa de

---

<sup>761</sup> *Ibidem*, apartados 104 a 107.

<sup>762</sup> Apartado 75 del Asunto C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV*, STJUE de 29 de julio del año 2019.

recogida y transmisión de datos personales y, no a las posteriores, cuya responsabilidad será exclusiva por parte de *Facebook*<sup>763</sup>.

Además, para respaldar su decisión de considerar a la demandada como corresponsable del tratamiento, introduce la cuestión del beneficio comercial obtenido por la compañía, así: *“parece que la inserción por Fashion ID del botón Facebook de Facebook en su sitio de Internet le permite optimizar la publicidad para sus productos al hacerlos más visibles en la red social Facebook cuando un visitante de su sitio de Internet clica en dicho botón. Es para poder beneficiarse de esta ventaja comercial consistente en una mayor publicidad para sus productos por lo que Fashion ID, al insertar tal botón en su sitio de Internet, parece haber consentido, al menos implícitamente, la recogida y la comunicación por transmisión de datos personales de los visitantes de su sitio, ya que esas operaciones de tratamiento se efectúan en interés económico tanto de Fashion ID como de Facebook Ireland, para quien el hecho de poder disponer de esos datos para sus propios fines comerciales constituye la contrapartida de la ventaja ofrecida a Fashion ID”*<sup>764</sup>.

En base de lo anterior y a pesar de que *Fashion ID* no obtenga los datos personales en cuestión, la convierten para el Tribunal en corresponsable del tratamiento, circunstancia que se acentúa por la posibilidad que otorga la compañía al insertar el botón *“Me gusta”* de obtener y transmitir datos a *Facebook* de personas que no se encuentran registradas en la red social<sup>765</sup>. Concretamente, señala el Tribunal que: *“es preciso subrayar que un sitio de Internet, como el de Fashion ID, lo visitan tanto personas que son miembros de la red*

---

<sup>763</sup> *Ibidem*, apartado 76.

<sup>764</sup> *Ibidem*, apartado 80.

<sup>765</sup> COLANGELO, G., y MAGGIOLINO, M.T., “Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?”, en *World Competition Law and Economics Review*, volumen 42, número 3, 2019, p.5: “Indeed, if a third-party website has embedded Facebook Business Tools such as the 'Like' button, a 'Facebook login' option or analytical services such as 'Facebook Analytics', data will be transmitted to Facebook via APIs as soon as the user calls up that third party's website for the first time”.

*social Facebook y que disponen, por lo tanto, de una cuenta en dicha red social como quienes no disponen de ella. En este último caso, la responsabilidad del administrador de un sitio de Internet, como Fashion ID, respecto del tratamiento de datos personales de esas personas resulta aún mayor, pues la mera consulta de tal sitio, que contiene el botón Facebook de Facebook, parece desencadenar el tratamiento de sus datos personales por Facebook Ireland*<sup>766</sup>.

La solución adoptada por la presente sentencia es, cuanto menos cuestionable y, seguro provocará, importantes discusiones doctrinales en el futuro, ya que, como se planteó el Abogado General en sus conclusiones, parece evidente que una extensión desorbitada del concepto de responsable del tratamiento, pudiera dar lugar a situaciones absurdas, como considerar responsable del tratamiento a la compañía que permite el acceso a Internet. Además, en el presente caso, la empresa de comercio electrónico, no obtenía si quiera los datos personales de los usuarios que, eran inmediatamente cedidos a la red social *Facebook*. Ahora bien, desde un punto de vista procesal, esta ampliación de responsabilidad, es evidente, que reforzará, como posteriormente se expondrá en el presente trabajo, la obtención de posibles indemnizaciones ante daños producidos por incorrectos tratamientos de datos personales.

**E) Principios sustanciales de la STJUE de 3 de octubre de 2019: *Facebook vs. Glawischnig-Piesczek***

La sentencia objeto de estudio tiene su origen en un demanda presentada por la señora Glawischnig-Piesczek, quien fue diputada del parlamento en Austria que, al observar que un usuario de *Facebook* había publicado un comentario humillante donde a través de la exposición de una fotografía de su persona, se incorporaron las siguientes expresiones

---

<sup>766</sup> Apartado 83 del Asunto C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV, STJUE de 29 de julio del año 2019.

“miserable traidora del pueblo” e “idiota corrupta”, solicitaba la eliminación del contenido idéntico o similar existente en toda la red social en cuestión. El asunto llegó al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria que, el día 10 de enero de 2018, decide suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para determinar las anteriores cuestiones.

El Abogado General de la Unión Europea, presentó sus conclusiones el 4 de junio del año 2019, donde se mostró partidario de poder obligar a la red social a eliminar los contenidos idénticos emitidos incluso por otros usuarios, pero no los de contenido similar, eliminación que podría realizarse, a su juicio, a nivel mundial<sup>767</sup>. Sobre las posibles limitaciones tecnológicas para la búsqueda y eliminación del contenido idéntico publicado por otros usuarios, el Abogado General consideró que dicha tarea se puede realizar fácilmente de manera automática, sin dejar de ser neutral en su actuación o actuar como mecanismo de censura en Internet, pero en el caso del contenido similar publicado por el resto de usuarios: *“un prestador de servicios de alojamientos de datos no puede identificar los datos similares a los declarados ilícitos sin recurrir a soluciones sofisticadas. En consecuencia, no solo el papel que desempeña el prestador que ejerce una supervisión general dejaría de ser neutro, al no tener carácter meramente técnico, automático y pasivo, sino que además, dicho prestador, al aplicar una forma de censura, pasaría a contribuir de forma activa en dicha plataforma”*<sup>768</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acepta en síntesis los razonamientos aportados por el Abogado General de la Unión pero, extiende la posibilidad de eliminar

---

<sup>767</sup> ROSATI, E., “Material, Personal and Geographic Scope of Online Intermediaries’ Removal Obligations beyond Glawischnig-Piesczek, C-18/18 and Defamation”, en *European Intellectual Property Review*, número 9, 2019, p. 5 y siguientes.

<sup>768</sup> Conclusión número 73 del Asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited*, presentadas el 4 de junio de 2019.

el contenido difamatorio al contenido que no sea exactamente idéntico<sup>769</sup>, es decir, al denominado como contenido similar que hubiera sido declarado previamente como ilícito. Así: *“para que una medida cautelar que tiene por objeto hacer cesar un acto ilícito y evitar su repetición y que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados pueda llevar efectivamente a alcanzar dichos fines, la medida cautelar debe poder extenderse a la información cuyo contenido, que transmite esencialmente el mismo mensaje, esté formulado de manera que por los términos utilizados o la combinación de estos difiera ligeramente de la información cuyo contenido ha sido declarado ilícito. En caso contrario, como subraya el órgano jurisdiccional remitente, los efectos de tal medida cautelar podrían eludirse fácilmente almacenando mensajes que apenas difieran de los mensajes declarados ilícitos con anterioridad, lo cual podría llevar a que el interesado tuviera que multiplicar los procedimientos al objeto de poner fin a los actos de los que es víctima”*<sup>770</sup>.

Ahora bien, el contenido similar será aquel que mencione exactamente a la persona que ha sufrido la difamación y, los comentarios se realicen exactamente en el mismo contexto que los originales, situación que provocará que la red social pueda eliminar los contenidos de manera automática, eliminando así los posibles problemas técnicos expresados por el Abogado General en sus conclusiones. Además, la red social no actuaría como un censor de la información, ya que: *“las diferencias en la formulación de ese contenido similar con respecto al contenido declarado ilícito no deben obligar al*

---

<sup>769</sup> SVANTESSON, D., “Grading AG Szpunar’s Opinion in Case C-18/18 – A Caution Against Worldwide Content Blocking As Default”, en *Masaryk University Journal of Law and Technology*, volumen 13, número 2, 2019, p. 390 y siguientes.

<sup>770</sup> Apartado 41 del Asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited*, STJUE de 3 de octubre de 2019.



*prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate a realizar una apreciación autónoma del referido contenido*<sup>771</sup>.

### **III. LAS VIOLACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PROTAGONIZADAS POR LAS REDES SOCIALES**

Ahora se estudian dos de los posibles supuestos más comunes susceptibles de generar un daño de carácter contractual, entre el usuario de una red social y la empresa titular de la misma, por los incumplimientos de esta última de la normativa de protección de datos. En efecto, una vez puntualizado, con el análisis de las anteriores sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, *Facebook* es responsable del tratamiento de los datos de sus *usuarios* y, que además, estos son considerados *consumidores*<sup>772</sup>, procede mostrar los supuestos más comunes que pueden ocasionar un daño en el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados, para ya culminar, en el último apartado, las consideraciones de carácter jurídico-civil necesarias para entablar, con éxito, una acción de indemnización frente a los sujetos proveedores de redes sociales.

#### **A) La resolución 01870/2017 de la Agencia Española de Protección de Datos contra *Facebook* por incorrectos tratamientos de datos realizados de sus usuarios: especial importancia a la violación del principio de consentimiento**

Resulta claro que la imposición de una sanción, por parte de una agencia independiente de control de datos, por tratar incorrectamente datos personales, puede constituir, junto a la acreditación de un daño en la persona reclamante, una vía idónea para la interposición de una reclamación en vía civil contra la propia red social. Por eso, es necesario glosar la

---

<sup>771</sup> *Ibidem*, apartado 45.

<sup>772</sup> Sobre la figura del consumidor y sus características fundamentales, véase LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, editorial Dykinson, 11ª edición, Madrid, 2019, pp. 192 ss.

resolución número 01870/2017 de la *Agencia Española de Protección de Datos* en relación al tratamiento de datos realizado en exclusiva por la red social *Facebook*<sup>773</sup>.

*Facebook* divulga un apartado denominado “Política de Datos”, donde explica a sus usuarios como trata los datos personales, pero no exige la lectura obligatoria de tal información por sus usuarios para poder registrarse en la red social<sup>774</sup>, de forma que se albergan muchas dudas sobre si existe una verdadera manifestación del consentimiento por parte de sus usuarios para tratar sus datos personales, cuestión que ha dado lugar a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que se examina.

En su “Política de Datos”, *Facebook* ejemplifica (pero no detalla o enumera expresamente) la información que recoge de sus usuarios exponiéndola en una serie de apartados: a) *Tu actividad y la información que proporcionas*<sup>775</sup>. b) *La actividad de otros*

---

<sup>773</sup> Se ha utilizado la expresión “en exclusiva”, porque a pesar de que como ya se ha mencionado en la presente obra, la AEPD consideró el momento de fusión entre las compañías *Whatsapp* y *Facebook*, no se producía ninguna vulneración en el tratamiento de los datos personales de sus usuarios, ese criterio cambio solo dos años después, donde volvió a emitir una resolución sobre el tratamiento de datos realizado por ambos servicios. Así, en su resolución 259/2018, constató como en agosto de 2016, la citada compañía de mensajería instantánea, actualizó los términos de su servicio y la política de privacidad, introduciendo cambios como el hecho de compartir información de los usuarios. con *Facebook*. La aceptación de esas nuevas condiciones se impuso como obligatoria para poder hacer uso de la aplicación de mensajería, y esa comunicación de datos personales a *Facebook*, hecho que no alberga relación con las finalidades determinadas en la recogida de datos original, realizándose además sin ofrecer a los usuarios una información adecuada y sin la opción de mostrar su negativa a las mismas. En virtud de lo anterior, sancionó a ambas compañías por incumplir el derecho de consentimiento, sanción que alcanzó la cuantía de 300.000 para cada una de las dos.

<sup>774</sup> Sobre la política de privacidad de *Facebook*, puede observarse la obra de, BARRERA RODRÍGUEZ, S., “Privacidad en internet y condiciones de uso en *Google, Facebook* y *Whatsapp*”, en *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, número 4, volumen 2, 2015, pp. 429 a 444.

<sup>775</sup> “Recopilamos el contenido y otros datos que proporcionas cuando usas nuestros Servicios; por ejemplo, cuando te registras para crear una cuenta, creas o compartes contenido y envías mensajes o te comunicas con otros usuarios. La información puede corresponder a datos incluidos en el contenido que proporcionas o relacionados con este, como el lugar donde se hizo una foto o la fecha de creación de un archivo. También recopilamos información sobre el uso que haces de los Servicios; por ejemplo, el tipo de contenido que ves o con el que interactúas, o la frecuencia y duración de tus actividades”. Mientras que *Whatsapp* no accedía al contenido de los mensajes, como ha expresado la AEPD, *Facebook* en cambio, si recopila la información sobre tus mensajes y comunicaciones, cuestión que merece ser destacada, aparte de monitorizar toda la actividad propia del usuario en su aplicación, como se acaba de exponer. Disponible en, <https://www.Facebook.com/about/privacy/> (consultado el 23 de mayo de 2020).

usuarios y la información que proporcionan<sup>776</sup>. c) Tus redes y conexiones<sup>777</sup>. d) Información sobre pagos. e) Información sobre el dispositivo<sup>778</sup>. f) Información de sitios web y aplicaciones que utilizan nuestros Servicios. g) Información de socios externos. h) Empresas de Facebook.

¿Con quien comparte *Facebook* la información que tiene de los usuarios? La respuesta es bastante simple, con cualquiera que le aporte un beneficio económico, así destaca por encima de los demás métodos de compartir la información, la destinada a los *Servicios de publicidad, medición y análisis*. A través de este servicio *Facebook* utiliza “toda la información que tenemos acerca de ti para mostrarte anuncios relevantes. No compartimos información que permita identificarte (esto es, datos de carácter personal o información como el nombre o la dirección de correo electrónico, que pueda utilizarse para identificarte o contactar contigo) con socios de publicidad, medición ni análisis, a menos que nos des permiso para ello”. Es decir, comparten toda la información del usuario de la que dispongan (que es mucha), salvo aquellas que permitan un contacto directo como su número de teléfono y correo electrónico. Sin embargo, ¿sería

---

<sup>776</sup> “También recopilamos contenido e información que proporcionan otras personas al utilizar nuestros servicios, incluidos los datos sobre ti; por ejemplo, cuando comparten una foto en la que apareces, te envían un mensaje o suben, sincronizan o importan tu información de contacto”. Este matiz es muy importante, ya que si un usuario sube una foto a la red social, imagínense, donde sale alguna persona que no se encuentra registrada, y añade un comentario sobre ella, con su nombre y alguna afición, esta información ya puede ser objeto de negocio económico y venta a un tercero. Disponible en, <https://www.Facebook.com/about/privacy/> (consultado el 23 de mayo de 2020).

<sup>777</sup> “Recopilamos información sobre las personas y los grupos a los que estás conectado y cómo interactúas con ellos; por ejemplo, las personas con las que más te comunicas o los grupos con los que gusta compartir contenido. También recopilamos la información de contacto que proporcionas si subes, sincronizas o importas esta información (por ejemplo, una libreta de direcciones) desde un dispositivo”. *Facebook* conoce quien es tu pareja, no existe duda, pero también quienes son tus mejores amigos, para por ejemplo, conocer cuándo se ha planeado realizar un viaje, y se produce el envío de información de empresas turísticas a estos usuarios. Expresamente, hace referencia a que acceden a la información de la libreta de direcciones de un dispositivo. Disponible en, <https://www.Facebook.com/about/privacy/> (consultado el 23 de abril de 2020).

<sup>778</sup> En este apartado *Facebook* enumera de manera ejemplificativa la información que puede recabar de sus usuarios, la cual va desde la dirección IP (donde se puede geolocalizar constantemente al individuo) hasta el número de teléfono si el usuario accede por un teléfono móvil. ¿Sabrá el usuario medio de *Facebook* los riesgos que se pueden derivar de un mal uso de estos datos personales? Realmente, parece complicado responder afirmativamente.

descabellado pensar que *Facebook* no comparta cualquier información que permita localizar al usuario sin necesidad de facilitar esos dos datos? La respuesta, viene determinada por la propia red social, que continua su anterior exposición en la “Política de Datos” estableciendo que, “podemos proporcionar a estos socios información demográfica que no les permita identificarte (por ejemplo, "mujer de 25 años residente en Madrid a la que le gusta la ingeniería de software"), para ayudarles a conocer a su público o a sus clientes”<sup>779</sup>.

Resulta interesante destacar, dentro la “Política de Datos” de *Facebook*, tres aspectos sustanciales: en primer lugar, se encuentra información acerca del acceso a la información propia (“descarga tu información”) y a la posibilidad de eliminar la misma (mediante el “borrado de la cuenta” entre otras), pero no aparece información sobre cuánto tiempo podrá almacenar *Facebook* los datos de sus usuarios, después de que hayan eliminado su cuenta, ya que la compañía admite la posibilidad de que siga continuando con los citados datos, por ejemplo puede conservar información también “sobre las cuentas que se han desactivado por incumplir nuestras condiciones y guardar sus datos durante un mínimo de un año para evitar que se repitan conductas abusivas o infracciones de nuestras condiciones”<sup>780</sup>.

En segundo lugar, destaca la ausencia de referencia alguna, dentro del apartado objeto de análisis, a los datos más vulnerables, o sensibles de los usuarios, como son los relacionados, con la condición sexual, o la salud, ya que estos tienen un tratamiento diferenciado en la normativa española de protección de datos, como después se expondrá.

---

<sup>779</sup> Política de Datos de *Facebook*. Disponible en, <https://www.Facebook.com/about/privacy/> (consultado el 24 de mayo de 2020).

<sup>780</sup> *Ibidem*.

En tercer, y último lugar, *Facebook* establece que la entidad de control de datos responsable de la información del es *Facebook Ireland Ltd.*, cuestión que se ha podido observar en el análisis de todas las sentencias sobre *Facebook* emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde el demandado siempre era la citada entidad.

Expuestas, en síntesis, tales aspectos de la Política de Datos de *Facebook*, resulta ilustrativo acercarse a la reciente sanción impuesta a *Facebook* por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en septiembre del año 2017, donde se imponen una multa de 1.200.00 euros a la compañía por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos. El 8 de marzo de 2016 la Agencia Española de Protección de Datos decidió dar comienzo de oficio a una investigación sobre el tratamiento de datos personales realizado por *Facebook*, en relación a la constatación de posibles irregularidades en el proceso de inscripción en la red social fundamentalmente, culminando las actuaciones en la resolución 01870/2017 sancionadora para *Facebook*<sup>781</sup>. Dicha resolución se funda en los principales aspectos descritos de la Política de Datos de la red social y, que se expondrán seguidamente en el siguiente orden: *deber de información previa, manifestación del consentimiento, datos especialmente protegidos y política de cancelación de datos*.

Antes de entrar en el análisis efectuado por la Agencia Española de Protección de Datos sobre la información presentada por *Facebook* en el momento de registro de usuario, es obligado hacer referencia a la competencia territorial para poder resolver sobre el fondo del asunto. En efecto, y como ya se ha expuesto en diferentes ocasiones, es ya conducta reiterada de los grandes operadores tecnológicos, fijar sus establecimientos en

---

<sup>781</sup> RUBÍ NAVARRETE, J., “La resolución de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la política de privacidad de *Facebook*”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, número 82 (septiembre-diciembre), 2017, p.5 y siguientes.

un determinado país, y negar que realicen otra actividad fuera de donde han fijado sus bases, intentando negar de esta forma la competencia del resto de países para juzgar sus actuaciones, y en este caso, *Facebook* no iba a ser menos que sus competidores. Como se ha expuesto anteriormente, *Facebook* fija como responsable de la transferencia de datos en Europa a su compañía *Facebook Ireland*, y durante el transcurso de las actuaciones de la Agencia española en su contra, siempre respondió, que *Facebook Spain* no realiza ninguna actividad relativa al tratamiento de datos personales<sup>782</sup>.

La Agencia Española de Protección de Datos en su resolución tuvo, por tanto, que argumentar en primer lugar sobre si era posible considerar a *Facebook Spain* como responsable del tratamiento de datos personales<sup>783</sup> y en caso afirmativo, determinar si se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, y por ende española, de protección de datos personales. Para resolver ambas cuestiones es de obligada referencia la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, es decir, la repetida *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos*, germen del derecho al olvido. Fue dicho Tribunal comunitario el primero en aplicar de manera extensiva el concepto de encargado del tratamiento, de acuerdo en lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 95/45/CE, considerando que aunque la función de *Google Spain*, fuera la de obtener ingresos publicitarios, no es menos cierto que esos ingresos se obtienen a través de los datos obtenidos en el territorio español, pudiéndose entonces aplicar la normativa española y europea de protección de datos.

---

<sup>782</sup> CÁRDENAS GALLARGHER, D. A., “Análisis del proceso sancionatorio de la agencia española de protección de datos contra *Facebook Inc.* (Resolución R/01870/2017), bajo la óptica de la normativa colombiana acerca de la protección de datos personales”, *Universitas Estudiantes*, n° 17, 2018, pp. 53 ss.

<sup>783</sup> El grupo de trabajo del artículo 29, en su Dictamen 1/2010, sobre los conceptos del tratamiento y encargado del tratamiento aporta un concepto de responsable del tratamiento: “El concepto de responsable de tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho y, por consiguiente se basa en un análisis de hechos más que un análisis formal”.

La anterior argumentación ha servido de base para la Agencia española en su resolución, al considerar que: “*Facebook Spain*, desarrolla una actividad de carácter económico que tiene por objeto la obtención de ingresos a cambio de la publicidad de terceros que inserta en los sitios webs que gestiona. La actividad de *Facebook* no sería viable sin esa financiación (...). Por lo tanto cabe concluir que la protección conferida por la LOPD (de 1999) es aplicable al presente supuesto y, por ende, la Agencia Española de Protección de Datos es competente para la tramitación del presente procedimiento”<sup>784</sup>. Es conveniente ahora hacer referencia al primer bloque de análisis de la resolución, el cual por sus fechas, debido a que el *Reglamento de Protección de Datos Europeo* no entró en vigor hasta mayo de 2018, y la *Ley Orgánica* que se adaptó al mismo en España, hasta diciembre de ese mismo año 2018, evidentemente se basa en la normativa previa<sup>785</sup>.

- *Incumplimiento del deber de información*: el citado deber aparecía regulado en el artículo 5 de la *Ley Orgánica de Protección de Datos Española de 1999*, donde se establecía que los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco, de entre otras cuestiones, las consecuencias que se deriven de la obtención de sus datos personales, debiendo utilizarse medios que expresen de manera claramente legible, dichas cuestiones. Además, el artículo 45 del Reglamento de la Ley de 1999, establece que los entes que se dediquen a actividades publicitarias solo podrán tratar los datos personales cuando: “hayan sido facilitado por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de

---

<sup>784</sup> Página 75 de la Resolución AEPD: R/01870/2017.

<sup>785</sup> En el segundo capítulo de este trabajo se realizó una ordenación cronológica de las diferentes disposiciones en materia de protección de datos tanto a nivel europeo como nacional. Obsérvese, por tanto, el citado apartado para profundizar en los posibles cambios normativos.

publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”.

La normativa descrita con anterioridad exige de manera expresa, precisa e inequívoca que se informe a los usuarios del destino de sus datos personales, exigencia que se refuerza, como se ha expuesto, en el caso que se analiza, ya que la actividad de *Facebook* se encuadra perfectamente en la de carácter publicitario. Pues bien, de las actividades de averiguación realizadas por la Agencia Española de Protección de Datos, se demuestra que en el proceso de creación de una cuenta de nuevo usuario no resulta obligatorio acceder a la sección estudiada anteriormente en el trabajo, relativa a la “política de datos” de *Facebook*, al igual que tampoco se informa a los usuarios de todos los datos personales suyos que se tratan, sino que únicamente se les enumera una lista ejemplificativa, también expuesta con anterioridad.

Siguiendo con lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos comprueba que durante el proceso de registro, *Facebook* permite el ingreso a la red social a menores a partir de 13 años, no estableciéndose opciones para que el consentimiento sea prestado por sus tutores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 RLOPD, y profundizando aún más en la cuestión, es posible dirigir campañas publicitarias desde el perfil de “Empresa” de *Facebook* a esos menores de 13 años. Además, aunque si bien es cierto, que la compañía permite a sus usuarios configurar y restringir al máximo sus opciones de privacidad en el apartado “Conoce la configuración de la privacidad”, éste ítem no es de lectura obligada en el proceso de registro y después no conserva un acceso fácil para el usuario que desea buscarlo. De igual modo, *Facebook* no otorga información sobre las



*cookies*<sup>786</sup> que almacena de sus usuarios, un total de nueve, salvo una de ellas, relativa a la fecha de registro, la cookie “datr”.

Por todo lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos considera que: “no se da adecuado cumplimiento por parte de *Facebook*, en lo que respecta a la información facilitada al interesado y no resulta, por ende, ajustada a lo exigido por la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal”<sup>787</sup>

Sobre este deber de informar, debe destacarse que el artículo 22 de la *Ley de Servicios de la Sociedad de Información*<sup>788</sup>, obliga a los prestadores de servicios a informar a sus usuarios de manera clara y concisa de sus actividades de recopilación de datos personales, creando una obligación de las que se pueden considerar legales<sup>789</sup>, reguladas en el artículo 1098 CC. Por tanto, como señala acertadamente parte de la doctrina, ante posibles incumplimientos de este deber de informar, aunque en muchos ámbitos supuestos, se podría plantear una posible demanda en vía civil<sup>790</sup>.

- *Análisis de la manifestación del consentimiento*: para autorizar a la red social a tratar los datos personales de los usuarios, es necesario que éstos previamente presten su consentimiento, el cuál según establecía el artículo 3 LOPD de 1999, proviene de una

---

<sup>786</sup> A veces resulta complejo para el lector jurídico entender con precisión el concepto y significado del término *cookie*, aunque normalmente, cualquier usuario de Internet debe aceptar las mismas al navegar por la mayoría de pp. webs actuales. Un concepto entendible sobre esta figura es el aportado por NAVAS NAVARRO, S., *La personalidad virtual del usuario de Internet: Tratamiento de la información personal recogida mediante cookies y tecnología análoga*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2014, p. 28: “La *cookie* es un texto alfanumérico que se descarga en el equipo terminal del destinatario de la prestación de un servicio de la sociedad de información cuya función es almacenar datos en el mismo que pueden ser recuperador por el prestador del servicio cuando el destinatario vuelve a solicitar la información, esto es, vuelve a conectar con el sitio web o con otro que forma parte de la misma red”.

<sup>787</sup> Página 80 de la Resolución AEPD: R/01870/2017.

<sup>788</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002.

<sup>789</sup> Cabe recordar, que se admite en la actualidad que las obligaciones legales también puedan derivarse por la costumbre y los principios generales del Derecho. Sobre las obligaciones legales puede verse la obra de ÁCEDO PENCO, A., *Teoría General de las Obligaciones*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 31 ss.

<sup>790</sup> PARRA MEMBRILLA, L., “Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 21, 2017, pp. 29 ss.

manifestación de la voluntad libre<sup>791</sup>, inequívoca<sup>792</sup>, específica<sup>793</sup> e informada (cumpliendo el deber de información estudiado con anterioridad) de los usuarios.

Recuerda la Agencia Española de Protección de Datos, que la STC 292/2000, de 30 de noviembre, establece que el tratamiento de datos personales sin el consentimiento vulnera el derecho fundamental a la protección de datos<sup>794</sup>. Además, para comprobar si el consentimiento durante el proceso de registro de nuevo usuario en la red social se produce de manera *inequívoca*, se hace referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo del año 2009, que utiliza la definición de la *Real Academia Española* del término, de suerte tal que un consentimiento inequívoco sería aquel que “no admite duda o equivocación”.

La no obligatoriedad como se ha expuesto en el presente trabajo, de consultar la Política de Datos de *Facebook* durante el proceso de registro, así como el difícil acceso a cuestiones importantes como la gestión de la privacidad, conllevan el incumplimiento de la necesidad de constatar que se ha producido un verdadero consentimiento por parte del

---

<sup>791</sup> El Código civil establece en su artículo 1265 que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”, y en su artículo 1266 que existirá error cuando recaiga sobre “la sustancia de la cosa que fuera objeto de contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

<sup>792</sup> A pesar de que el adjetivo “inequívoco” pueda sonar demasiado tajante, debe destacarse que en la normativa anterior a la actual, es decir, el RGPD que resultó de aplicación directa a partir de finales de mayo del año 2018, como ya se recordó, que se permite una prestación del consentimiento de manera presunta, algo que podía provocar una contradicción con la necesidad legal de exigir un consentimiento inequívoco. En estos casos, resultaba necesario que los responsables del tratamiento actuaran con la mayor cautela posible, constatando caso por caso si se está o no, ante una auténtica manifestación del consentimiento, como consideran RALLO LOMBARTE, A., DURAN MARTÍNEZ, R., en su obra *Derecho y Redes Sociales*, Segunda edición, editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 176. El nuevo Reglamento de Protección de datos Europeo, es evidente, que tuvo entre sus principales objetivos reforzar las exigencias sobre el consentimiento, como se puede observar en la obra de “LÓPEZ CALVO, J., “Las crecientes exigencias del consentimiento y el control institucional del clausulado en la protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 10, Sección Ciberderecho, 2017, pp. 1 a 9.

<sup>793</sup> El GT 29 en su dictamen 15/2011 sobre la definición de consentimiento, considera que, “para ser válido el consentimiento debe ser específico. En otras palabras, el consentimiento indiscriminado sin especificar la finalidad exacta del tratamiento no es admisible”.

<sup>794</sup> Como se expuso, realmente ya en el año 1993, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho fundamental a la protección de datos, en el denominado Caso Olaverri. En efecto, en su sentencia 254/1993 de 20 de junio, ya se reconoce el ámbito de actuación autónoma que tiene el derecho fundamental a la protección de datos frente el derecho al honor y a el derecho a la intimidad.

usuario para tratar sus datos personales. Además, se quedó probado en el procedimiento, algo que ya se ha expuesto en el análisis de la STJUE de 29 de julio de 2019 en el *asunto Fashion ID*, como es que, *Facebook* también puede recabar información sobre personas que no se encuentran dadas de alta como usuarios en su plataforma, por ejemplo, a través de sistemas como la inclusión del botón “*Me gusta*” en páginas webs de terceros. Concluye de esta forma la Agencia española estableciendo que “ha quedado acreditado que el consentimiento de los sujetos de los datos, tanto los usuarios de *Facebook* como los usuarios de Internet que, sin ser de *Facebook*, han visto tratados los datos por la entidad, no ha sido recabado conforme a las exigencias de la LOPD”<sup>795</sup>.

- *Existencia de datos especialmente protegidos*. El artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999, establecía que nadie podrá ser obligado a declarar sobre cuestiones como la ideología, religión o creencias, pero si media el consentimiento, éste debía recabarse de manera expresa y por escrito por parte del responsable del tratamiento. De igual forma, proseguía el artículo estableciendo que: “los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”.

Pues bien, como se expuso en el análisis de la Política de Datos de *Facebook*, no aparece mención a alguna al tratamiento de los datos especialmente protegidos, entre otras razones, porque *Facebook* considera que no los trata, pero de las actuaciones de la Agencia española se ha descubierto que mediante un perfil de empresa, se pueden acceder a realizar campañas publicitarias, seleccionando personal mediante etiquetas como “Vida

---

<sup>795</sup> Página 84 de la Resolución AEPD: R/01870/2017.

sexual”, “Creencias” o “Salud”<sup>796</sup>. De hecho, quedó demostrado que *Facebook* le sugería realizar una campaña a 1.680 personas que habían mostrado interés por páginas relacionadas con el VIH. Esta ausencia por parte de *Facebook* de un consentimiento expreso y por escrito emitido por sus usuarios, conllevó que la Agencia Española de Protección de Datos determinara que se ha producido un incumplimiento en el correcto tratamiento de los datos personales especialmente protegidos.

- *Posibilidad de cancelar datos personales*: el artículo 4.5 LOPD de 1999, establecía que los datos de carácter personal debían ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para el fin con el que hubieran sido registrados. Pues bien, como se ha demostrado, *Facebook* permite a los usuarios eliminar su cuenta y con ello, deberían desaparecer los datos que tuviera almacenado del usuario cuando los mismos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes.

La Agencia española ha demostrado durante sus actuaciones inspectoras que datos como una dirección IP se quedan almacenados hasta 11 meses después de la eliminación de una cuenta y otros, como las cookies pueden seguir almacenadas hasta 17 meses después del borrado de la cuenta. Por tanto ha quedado demostrado que: “los datos personales de los usuarios no son cancelados en su totalidad ni cuando han dejado de ser útiles para el propósito por el que fueron recogidos ni cuando el usuario explícitamente solicitó su eliminación, conforme a las exigencias de la LOPD”<sup>797</sup>.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Agencia Española de Protección de Datos sancionó a *Facebook* con una multa de 1.200.000 por constatar el incumplimiento

---

<sup>796</sup> En la actualidad existe un aumento significativo de estudios de la protección de los datos personales sanitarios, así, entre otros destacan las obra de ANDREU MARTÍNEZ, B., MAGNOLIA PARDO LÓPEZ, M., y ALARCÓN SEVILLA, V., “Hacia un nuevo uso de los datos de salud”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, número 3, volumen 1, 2017, pp.. 161-171.

<sup>797</sup> Página 89 de la Resolución AEPD: R/01870/2017.

de la normativa de protección de datos, en relación con el derecho de consentimiento, el tratamiento de datos especialmente protegidos y, respecto al principio de cancelación de datos personales<sup>798</sup>. Además, debe recordarse que bajo la aplicabilidad de los anteriores hechos, bajo la aplicación del Reglamento de Protección de Datos, la sanción se hubiera endurecido bastante, al poderse imponer multas comprendidas entre el 2 y el 4% del volumen de negocio de la compañía<sup>799</sup>.

Resulta evidente que, a partir de la anterior resolución, las posibles demandas sobre responsabilidad civil, partirán de una premisa asegurada, la violación del derecho fundamental a la protección de datos, aunque, como es sabido a estas alturas, resultaría todavía necesario acreditar el daño sufrido por el demandante.

#### **B) El deber de custodia de los datos personales por parte de los proveedores del servicio de la red social: las actuales brechas de seguridad y su repercusión jurídica**

El supuesto que toca analizar en este momento, se encuentra relacionado con el incumplimiento de un deber clásico en el tratamiento de datos personales de los usuarios, como es, el conocido como deber de seguridad, un deber que, ha evolucionado en la regulación actual sobre protección de datos personales, en una regulación más extensa y amplia sobre las denominadas brechas de seguridad<sup>800</sup>.

A nivel comunitario<sup>801</sup>, la primera regulación del deber de seguridad en el tratamiento de datos aparecía en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24

---

<sup>798</sup> VALDECANTOS FLORES, M., “Sanción de la AEPD a *Facebook* por infracciones graves y muy graves de la normativa de protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 19, 2017, p. 8.

<sup>799</sup> MIÑO VÁZQUEZ, V., y SUHREN, P., “Liability for injuries according to GDPR”, en *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, volumen 42, número 3, 2018, p. 151 y siguientes.

<sup>800</sup> Aunque ya se aludió al régimen de las brechas de seguridad en el RGPD en el segundo capítulo del presente trabajo, la mención fue sucinta, resultando necesario, realizar una ampliación del mismo, ya que, como se razonará en el último apartado del presente capítulo, las violaciones de seguridad pueden dar lugar a una responsabilidad de tipo contractual en el seno de las redes sociales.

<sup>801</sup> Un interesante análisis sobre el régimen aplicable a las brechas de seguridad en Estados Unidos, puede encontrarse en la obra de, MARCUS, D., “The data breach dilemma: proactive solutions for protecting consumers’ personal information”, en *Duke Law Journal*, volumen 68, 2019, pp. 555 a 593.

de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales configuraba la seguridad en el tratamiento de datos, en su artículo 17, como una *condición general para la licitud del tratamiento de datos personales*<sup>802</sup>. El citado precepto, relacionaba la seguridad de los datos con los conocimientos técnicos existentes en cada momento, pero no determinaba cuales son los métodos que deben seguirse para proteger los datos en cuestión, sino que dejaba dicha materialización en mano de los Estados miembros. Así, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia 30 de mayo de 2013, en el conocido como caso *Worten*, considerando que el artículo 17.1 de la Directiva debía interpretarse en el sentido de que: “*los Estados miembros están obligados a prever medidas técnicas y de organización adecuadas para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados*”<sup>803</sup>.

La LOPD de 1999, que transpuso la directiva comunitaria, reguló la obligación de seguridad, como se expuso brevemente con anterioridad, como un deber, el conocido como deber de seguridad, en su artículo noveno<sup>804</sup>. El citado precepto citado<sup>805</sup>, reforzó

---

<sup>802</sup> Artículo 17 Directiva 95/46: “Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales. Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse”.

<sup>803</sup> Apartado 19 del Asunto C-342/12, Worten, STJUE de 30 de mayo de 2013.

<sup>804</sup> Artículo 9 LOPD: “1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. 2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. 3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley”.

<sup>805</sup> Para profundizar, obsérvese, NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Y., *op.cit.*, pp. 515 a 533.

las exigencias de seguridad en el tratamiento de datos personales, mediante la mención a una serie de estándares que deben reunir todos los ficheros de datos personales, y en especial, imponiendo un mayor nivel de seguridad en el tratamiento de datos personales especialmente protegidos, aunque todo ello, se determinaría reglamentariamente. Así, dichas concreciones se encontrarían en el Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, ya analizado también con anterioridad.

En el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de 1999 se establecían 3 niveles de seguridad: el básico, el medio y el alto<sup>806</sup>. *El nivel de seguridad básico*, debía ser instaurado por cualquier fichero que tratara datos de carácter personal, mientras que el *nivel de seguridad medio* en los siguientes supuestos: a) Los relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, b) los relativos a solvencia patrimonial y de crédito, c) aquellos de los que sean responsables Administraciones tributarias y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias, d) aquéllos de los que sean responsables las entidades financieras para finalidades relacionadas con la prestación de servicios financieros, e) aquéllos de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y, f) aquéllos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos. *El nivel de seguridad alto* se aplicaba en relación a los datos : a) De ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, b) que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas y, c) datos derivados de actos de violencia de género.

---

<sup>806</sup> FALCÓN Y TELLA, F., “El principio de seguridad y el derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, volumen 10, 2009, p. 138 y siguientes.

El régimen descrito sobre la seguridad en el tratamiento de datos personales, cambió radicalmente con la promulgación del *Reglamento General de Protección de Datos* europeo en el año 2016<sup>807</sup>, instrumento en forma de reglamento que ha sido objeto de alabanzas por parte de la doctrina, al eliminar entre otros factores, las discrecionalidad existente en la Directiva comunitaria anterior, destacando en “el hecho de implantar, por vez primera, una regulación jurídica homogénea y uniforme en materia de protección de datos para todos los Estados miembros de la Unión Europea lo que beneficia tanto a los consumidores como a las propias empresas, que disponen de una norma única que implantar en todos los países miembros, con la consiguiente seguridad jurídica y transparencia”<sup>808</sup>.

El Reglamento comunitario aborda la regulación de la seguridad desde dos puntos de vista: en primer lugar como principio del tratamiento, como se desprende el artículo 5.1.f) al establecer que lo datos deben ser: “tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas”. En segundo lugar, la seguridad aparece regulada como una obligación del responsable o encargado del tratamiento, en los artículos 32 a 34, donde se recoge la regulación actual de las conocidas como brechas de seguridad<sup>809</sup>.

---

<sup>807</sup> VÁZQUEZ, S., “Las brechas de seguridad en el RGPD”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 936, 2017, p. 11 y siguientes.

<sup>808</sup> PULDAIN SALVADOR, V., “El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, volumen 26, número 47, 2017, p. 128

<sup>809</sup> El RGPD no define exactamente el término brechas de seguridad, pero si el término genérico de “violación de la seguridad de los datos personales”, considerando en su artículo 4 que el mismo hace referencia a: “toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos”.



El artículo 32 RGPD establece que el responsable y el encargado del tratamiento deben aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, teniendo en cuenta para su adopción, el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, incluyendo dentro de esas medidas, la técnica de seudonimización y el cifrado de datos personales.

También, dichas medidas deben garantizar: la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico, e incluir entre las mismas, un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

En último lugar, este artículo 32, establece que la adhesión a un código de conducta<sup>810</sup>, o a un mecanismo de certificación, podrá servir de elemento probatorio por parte del responsable del tratamiento de datos personales, de intención de cumplimiento con las exigencias necesarias para la protección de los datos personales de sus usuarios.

Resulta interesante destacar, que el Reglamento comunitario, a diferencia de lo que ocurría en la Directiva del año 1996, no deja en manos de los Estados miembros la concreción de las medidas de seguridad a adoptar para proteger el acceso de terceros a los datos de sus usuarios, sino que esta cuestión corresponde a los responsables o encargados del tratamiento, que la deberán realizar de acuerdo al desarrollo o avances de

---

<sup>810</sup> Sobre ello, obsérvese ORTEGA GIMÉNEZ, A.O., y GONZALO DOMENECH, J.J., *op.cit.*, pp. 13 ss.

la técnica, ya que dicho Reglamento solo cita como medidas de protección específicas dos: la seudonimización y el cifrado de datos personales<sup>811</sup>.

Pero la gran novedad que introduce el Reglamento comunitario respecto a las brechas de seguridad, es su obligación de notificación<sup>812</sup> en dos vertientes: en primer lugar a las agencias independientes de protección de datos personales implicadas y, en segundo lugar, al interesado cuyos datos personales han sido expuestos, obligación, que ya en el considerando 87 de la norma se puede apreciar con claridad<sup>813</sup>.

En efecto, el artículo 33 impone la obligación al responsable del tratamiento de datos de comunicar las mismas a las agencias independientes de control, en un plazo de 72 horas desde que se produzca<sup>814</sup>, indicando si la comunicación se produce en un momento posterior, los motivos de la dilación. Como excepción a la obligación de notificación anterior, se permite no notificar cuando resultara improbable que como consecuencia de dicha brecha, se hubiera producido un riesgo para los derechos y libertades de las persona físicas.

La notificación deberá contener los siguientes extremos: a) la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las

---

<sup>811</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “La seguridad en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en *Diario la Ley*, número 15647, 2018, p. 8 y siguientes.

<sup>812</sup> Algunos autores intentan estudiar los posibles efectos sobre los consumidores del citado servicio que ha anunciado la brecha de seguridad, aunque todavía no se han obtenido resultados del todo concluyentes. Obsérvese al respecto la obra de, JANAKIRAMAN, R., HO LIM, J., y, RISHIKA, R., “The Effect of a Data Breach Announcement on Customer Behavior: Evidence from a Multichannel Retailer”, en *Journal of Marketing*, volumen 82, 2018, pp. 85 a 105.

<sup>813</sup> Obsérvese el Considerando 87 RGPD: “Debe verificarse si se ha aplicado toda la protección tecnológica adecuada y se han tomado las medidas organizativas oportunas para determinar de inmediato si se ha producido una violación de la seguridad de los datos personales y para informar sin dilación a la autoridad de control y al interesado. Debe verificarse que la notificación se ha realizado sin dilación indebida teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza y gravedad de la violación de la seguridad de los datos personales y sus consecuencias y efectos adversos para el interesado. Dicha notificación puede resultar en una intervención de la autoridad de control de conformidad con las funciones y poderes que establece el presente Reglamento”.

<sup>814</sup> Plazo del que se queja parte de la doctrina. Obsérvese, GONZÁLEZ TAPIA, M.L., “Violaciones de seguridad en el Reglamento de Protección de datos”, en *Diario la Ley*, número 14344, 2017, pp. 1 ss.

categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados; b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información; c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales; d) describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos.

La Agencia Española de Protección de Datos, ha elaborado una guía sobre el proceso a seguir en la comunicación de las brechas de seguridad, donde aparte de suministrar un formulario al alcance del responsable del tratamiento de datos que se encuentre en la obligación de notificar la misma, distingue tres tipos de brechas: 1) *Brecha de confidencialidad*: tiene lugar cuando partes que no están autorizadas, o no tienen un propósito legítimo para acceder a la información, acceden a ella. La severidad de la pérdida de confidencialidad varía según el alcance de la divulgación, es decir, el número potencial y el tipo de partes que pueden haber accedido ilegalmente a la información. 2) *Brecha de integridad*: se produce cuando se altera la información original y la sustitución de datos puede ser perjudicial para el individuo. La situación más grave ocurre cuando existen serias posibilidades de que los datos alterados se hayan utilizado de una manera que pueda dañar al individuo. 3) *Brecha de disponibilidad*: su consecuencia es que no se puede acceder a los datos originales cuando es necesario. Puede ser temporal (los datos son recuperables pero tomará un periodo de tiempo y esto puede ser perjudicial para el individuo), o permanente (los datos no pueden recuperarse)<sup>815</sup>.

---

<sup>815</sup> Véase: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-brechas-seguridad.pdf> (consultado 2 febrero 2019).

Además, el artículo 34 RGPD impone también la obligación de que dicha comunicación se realice al interesado, mediante el uso de un lenguaje claro y sencillo, donde como, se expresó con anterioridad, como mínimo se deberá indicar: a) la naturaleza de la violación de la seguridad; b) notificar el nombre y datos de contacto del delegado de protección de datos o la persona encargada; c) realizar una descripción de las consecuencias de la violación de seguridad en los datos personales del usuarios; y d) describir las medidas realizadas para reprimir dicha situación. No hará falta realizar dicha comunicación al interesado, cuando el responsable del tratamiento hubiera adoptado medidas técnicas que permitan proteger los datos personales ante dichas brechas de seguridad<sup>816</sup>, o fuera desproporcionado comunicarse uno a uno con todos los usuarios, bastando entonces realizar una comunicación de carácter pública.

Por tanto en el caso de que se produzca una brecha de seguridad en el funcionamiento de una red social y, como consecuencia de la misma, se expongan datos personales de sus usuarios, se puede producir un daño indemnizable, piénsese, por ejemplo, en la revelación de mensajes íntimos o de contenido sexual<sup>817</sup>. Debe también notarse, el conocido como caso de *Cambridge Analytica*, donde datos de 50 millones de usuarios de *Facebook*, fueron expuestos y, utilizados para influir en los resultados de las elecciones de Estados Unidos<sup>818</sup>. En esos supuestos, cuando se produzca de forma real un daño, se podrá demandar en vía civil a la red social, daño agravará, cuando se incumpla la obligación de

---

<sup>816</sup> El cifrado de los datos personales puede ser motivo de ausencia de obligatoriedad de notificar la brecha de seguridad a los usuarios. Al respecto, véase, FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P., “La obligación de cifrado de la información en el Reglamento Europeo de Protección de Datos”, en *Diario la Ley*, número 1091, 2017, p. 29 y siguientes.

<sup>817</sup> Situación que se produjo con la filtración de datos personales de la conocida red social de infidelidades Ashley Madison. Sobre la misma, obsérvese la obra de, CROSS, C., PARKER, M., y SANSOM, D., “Media discourses surrounding ‘non-ideal’ victims: The case of the Ashley Madison data breach”, en *International Review of Victimology*, volumen 25, número 4, 2018, p. 2 y siguientes.

<sup>818</sup> SUÁREZ GONZALO, S “Tus likes ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EEUU 2016”, en *Quadems del CAC*, número 44, 2018, pp. 27 a 36.

notificación del incidente de seguridad tanto a las agencias de protección de datos, como a los propios interesados.

#### **IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS REDES SOCIALES**

Una vez analizada la anterior resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, donde se demuestra la violación del derecho fundamental a la protección de datos personales de los usuarios de una red social y, expuesto el régimen de seguridad de los datos, que en caso de incumplimiento por parte del responsable de la red social, también puede dar lugar a una vulneración del citado derecho, resulta pertinente desgranar los rasgos fundamentales de la posible reclamación en vía civil de algunos de los usuarios afectados en este y, en otros casos frente a las redes sociales. Así, una vez constatado claramente que las redes sociales realizan un tratamiento de datos personales y que el mismo en ocasiones puede ser defectuoso, resulta necesario precisar el alcance de la responsabilidad civil derivada de dicho tratamiento incorrecto.

##### **A) Aspectos esenciales del contrato entre la red social y el usuario**

Como se indicó, para acceder a una red social, el pretendido usuario ha de aceptar unas condiciones de uso en las que se le indica (unilateralmente, claro está) su funcionamiento y su actividad, expresando el tratamiento de datos que realizará de sus usuarios para obtener beneficios publicitarios, debiendo divulgar también los principales rasgos de las posibles transferencias internacionales de datos a países sitios fuera de la Unión Europea.

En teoría, si se parte de la premisa, ilusoria, de que el usuario ha leído y comprendido el contenido de la “Política de privacidad”, deberá aceptarla, o en términos jurídicos, manifestar su consentimiento, sin informar correctamente del tratamiento de datos que efectuará, lo que determina que dicho consentimiento no sea válido, ni tenga eficacia

jurídica plena. Aceptada dicha “Política de privacidad”, se convertirá en usuario de la red social y, la relación que une a ambos, obviamente, es de carácter contractual, pues aquel texto será el documento donde se expresan las cláusulas ante posibles controversias derivadas durante la relación jurídico-contratual entre ambas partes.

En efecto, la anterior reflexión es compartida por la mayoría de la doctrina. En este sentido, algunos autores consideran que las políticas de privacidad “implican un contrato donde se enarbolan un conjunto de reglas, obligaciones y derechos, que tanto el usuario como el servicio deben cumplir”<sup>819</sup>, igualmente también, “teniendo en cuenta las condiciones de la relación jurídica contractual que se establece entre el prestador del servicio y el usuario, las posibilidades de tratamiento y sus fines pueden ser muchas y muy variadas en la más completa legalidad”<sup>820</sup>. Sin embargo, también existen autores que consideran que las cláusulas contenidas en las políticas de privacidad redactadas por las redes sociales, no constituyen, en caso de la aceptación por parte del usuario, una verdadera relación contractual<sup>821</sup>, opiniones, sobre las que nosotros disentimos.

La relación que une al usuario de una red social y la misma, no puede ser otra que de tipo contractual. En efecto, recuérdese el contenido del artículo 1261 CC que exige tres requisitos para el nacimiento del contrato: consentimiento, objeto y causa. En el contrato con una red social existe consentimiento, porque el usuario para poder utilizar el servicio, debe aceptar las políticas de privacidad de la red social, manifestando su consentimiento, mediante un clic en la casilla correspondiente. En relación al objeto del contrato, el mismo

---

<sup>819</sup> CARMENATI GONZÁLEZ, M., MARC BAYÉS, D., “Comunicación de la privacidad en red: una aproximación para el análisis de políticas de *Google* y *Facebook*”, *Index.comunicación: Revista científica de comunicación aplicada de la Universidad Rey Juan Carlos*, número 3, volumen 7, 2017, p. 238.

<sup>820</sup> GARCÍA SANZ, R.M., “Redes sociales online: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados. Aplicación de las Directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 81, p. 122.

<sup>821</sup> ROTT, P., “Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 6, número 3, 2017, p. 115.

vendrá determinado por la cesión de los datos personales de los usuarios a la red social, es decir, el acreedor de la obligación en el contrato con una red social, será el usuario, mientras que la red social es la deudora que, podrá utilizar estos datos, a cambio de permitir el uso de la red social al usuario de la red social. Y, en relación a la causa del contrato, ese concepto complejo de explicar<sup>822</sup>, resulta evidente notar que, la misma existe y es lícita, ya que consiste en la utilización de los servicios ofrecidos por la red social, por parte del usuario.

Las anteriores consideraciones deber permanecer inalteradas, con indiferencia de la posible y aparente gratuidad de la red social<sup>823</sup> o, por si el contrario, los usuarios deben realizar una contraprestación económica por utilizarla. En efecto, mientras que en tipos contractuales específicos, como el de la compraventa, el artículo 1445 CC exige la entrega de un determinado objeto a cambio de un precio, la citada exigencia no se manifiesta en la regulación legal del contrato celebrado entre una red social y el usuario, entre otras cuestiones, porque la citada regulación no existe en sí misma, sino que su regulación, vendrá determinada por el contenido negociado entre ambas partes, negociación que no existe, al tratarse el mismo, de un conocido como contrato de adhesión, donde existe una parte muy débil, el usuario de la red social que, no puede influir en las cláusulas contractuales impuestas por gigantes como *Facebook*, limitándose la capacidad contractual del usuario en dos posibles acciones: aceptar para poder usar el servicio o, rechazar el mismo y, por ende, quedarse sin poder utilizarlo<sup>824</sup>. Quizás, resultara

---

<sup>822</sup> Quizás para comprender la causa de los contratos, la misma podría venir configurada como la respuesta a la siguiente cuestión: “¿por qué se celebra un contrato?”. Obsérvese la obra de, ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Contratos*, *cit.*, p. 55.

<sup>823</sup> Evidentemente, aunque no se exija una contraprestación de tipo económico para poder ser usuario de una red social, la cesión de los datos personales, constituye una herramienta a partir de la cual, las redes sociales obtienen una gran cantidad de beneficio de tipo económico. Así, se plantea la doctrina la siguiente pregunta: “¿Cuánto valen nuestros datos?”. Véase, LLEIXÀ ALSINA, A., “La economía colaborativa y el nuevo reglamento. Y mis datos, ¿qué?”, en *Diario La Ley*, número 10, 2017, p. 1.

<sup>824</sup> Informe 93/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos sobre Formas de obtener el consentimiento mediante Web: Consentimientos tácitos: “El consentimiento al contrato de adhesión a la

apropiado la creación de un tipo contractual y específico, con su propia regulación al respecto, el contrato de red social.

Del análisis jurisprudencial realizado con anterioridad, también se puede extraer fácilmente, la misma conclusión defendida, es decir, la existencia de una relación contractual entre la red social y sus usuarios. Así, la STJUE de 6 de octubre del año 2015, establecía que: *“toda persona residente en el territorio de la Unión que desea utilizar Facebook está obligada a concluir en el momento de su inscripción un contrato con Facebook Ireland<sup>825</sup>”*. También resulta oportuno recordar la STJUE de 25 de enero de 2018, donde se discutía sobre la posibilidad de que existiera una única relación contractual o en cambio, dos relaciones contractuales, cuando el usuario de la red social *Facebook*, también contara con una página en la misma o, la STJUE de 5 de junio de 2018, donde en su apartado 32 se establece: *“cabe observar que cualquier persona que desee crear una página de fans en Facebook celebra con Facebook Ireland un contrato específico relativo a la apertura de tal página y, de este modo, suscribe las condiciones de uso de dicha página, incluida la correspondiente política en materia de cookies”*.

Ahora bien, como se indicó con anterioridad, en los contratos realizados entre los usuarios de una red social y la misma, destaca una nota, la desproporcionalidad existente entre la capacidad de negociación de las partes, característica propia de los contratos de adhesión. El propio Abogado General de la Unión Europea otorga tal calificación a la citada relación contractual, considerando que se trata de una: *“situación en la que la red social prepara de antemano las condiciones generales y éstas no son negociables”<sup>826</sup>*. Dichos contratos, han supuesto, la colocación de una serie de cláusulas abusivas por parte

---

red social correspondiente, se ejerce habitualmente aceptando la política de privacidad denominada en otras ocasiones, política de protección, aviso legal o en el caso de *Facebook*, Declaración de derechos y responsabilidades”.

<sup>825</sup> Apartado número 27 de la STJUE de 6 de octubre de 2015.

<sup>826</sup> Conclusión 60 del Abogado General de la Unión Europea de 24 de octubre de 2017.



de los proveedores de las redes sociales a sus usuarios que, no tenían más remedio que aceptarlas, si querían realizar uso del citado servicio<sup>827</sup>, destacando especialmente entre estas cláusulas abusivas, las relativas a la sumisión a determinados foros de competencia judicial.

Con anterioridad a la entrada en vigor del *Reglamento Europeo de Protección de Datos*, la posibilidad de demandar a los proveedores de redes sociales por daños producidos como consecuencia de incorrectos tratamientos de datos personales era muy limitada, ya que en los contratos de adhesión suscritos entre las partes, la red social imponía una cláusula donde cualquier posible demanda debía interponerse únicamente en su sede principal, muchas de ellas sitas, incluso, fuera de la Unión Europea. La posibilidad teórica, para combatir la citada actuación, pasaba por considerar abusiva la citada cláusula y, considerar al usuario de la red social, como consumidor, para poder aplicar de esta forma el foro privilegiado previsto para los consumidores en el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, instrumento que permite a los consumidores plantear demandas ante los Tribunales de su propio domicilio<sup>828</sup>.

---

<sup>827</sup> Como expone acertadamente la doctrina, dichas cláusulas abusivas no determinarían por sí sola la nulidad del contrato en su totalidad, sino que se podrá instar la nulidad de las mismas, perviviendo el resto de contrato. Véase, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, editorial Marcial Pons, 21ª edición, Madrid, 2019, p. 72: “la cuestión a dilucidar no es la obligatoriedad del contrato, sino la de evitar abusos por parte del predisponente de las condiciones generales de la contratación, permitiendo incluso que la obligatoriedad de aquel, no obste la posible ineficacia de alguna o algunas de las cláusulas que contradigan los más elementales principios de justicia contractual o de equivalencia de las prestaciones”.

<sup>828</sup> Un análisis sobre la aplicación de este régimen en relación a la fuga de datos personales de la red social Ashley Madison, ya que la citada red social, introducía una cláusula en su política de privacidad, por la cual, se fijaba como foro competencial a los juzgados de California en Estados Unidos. Obsérvese, PLATERO ALCÓN, A., “La responsabilidad de las redes sociales: El caso de Ashley Madison”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 49, nº 150, 2017, pp. 1259 a 1288.

La citada posibilidad teórica, se convirtió en realidad, ya que como se ha expuesto en el presente trabajo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, consideró claramente al señor Schrems, usuario de la red social *Facebook*, como consumidor de la misma, aplicándole los foros de competencia previstos para los consumidores en el Reglamento citado con anterioridad y, permitiéndole, por ende, demandar a la red social ante los tribunales de su propio domicilio<sup>829</sup>.

El artículo 79.2 RGPD, como se adelantó, ha supuesto un enorme respaldo a la posibilidad de ejercitar demandas civiles por daños producidos debido a incorrectos tratamientos de datos, ya que, permite demandar al perjudicado frente a los tribunales de su propio domicilio, no teniendo por tanto que, realizar una argumentación jurídica donde se considere al perjudicado como consumidor y, por tanto, merecedor de la aplicación del régimen especial contenido en el Derecho internacional privado. Ahora bien, se pueden plantear, en el futuro una serie de controversias por la coexistencia de ambos regímenes, debiendo destacarse el considerando 147 del RGPD que establece la prevalencia del instrumento en cuestión frente a los foros de competencia del Reglamento 1215<sup>830</sup>.

La doctrina también se ha pronunciado sobre la anterior cuestión, considerando también la citada supremacía del Reglamento comunitario cuando la controversia radique sobre protección de datos personales, así, “cuando el litigio versara sobre una infracción sobre la normativa de protección de datos, le sea de aplicación los foros propios de protección dedicados a la protección de dicho derecho fundamental del RGPD, y para

---

<sup>829</sup> Sobre el citado foro, obsérvese la obra de, CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos internacionales de consumo”, en la obra colectiva coordinada por los citados autores, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, editorial Comares, Granada, 2018, p. 1121 y siguientes.

<sup>830</sup> Considerando 147 RGPD: “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”.

cuando verse sobre otro incumplimiento contractual, se utilizaran los foros de protección a los consumidores de la sección cuatro del Reglamento Bruselas I bis”<sup>831</sup>. En el mismo sentido, “destaca como innovación del RGPD la inclusión de una norma especial de competencia judicial internacional en materia civil. Su art. 79.2 atribuye a los interesados que consideren que sus derechos en virtud del RGPD han sido vulnerados la posibilidad de demandar al responsable o al encargado del tratamiento ante los tribunales de cualquier Estado en el que tengan un establecimiento, y alternativamente prevé que puedan demandar ante los tribunales de su propia residencia habitual. Desde la perspectiva del ejercicio de acciones por parte de los interesados, el art. 79.2 RGPD complementa los fueros disponibles en virtud del Reglamento 1215/2012 y requiere que éstos se interpreten de modo que no priven de efecto útil al artículo 79.2”<sup>832</sup>.

En virtud de lo anterior, se ha quedado precisado que el usuario de una red social es consumidor de la misma<sup>833</sup>, persona que suscribe una relación contractual con una red social, mediante la aceptación de un contrato de adhesión, donde se manifiesta el consentimiento realizando un clic en la casilla correspondiente existente normalmente, en la parte inferior de las políticas de privacidad elaboradas por las redes sociales, pero, ¿qué ocurrirá cuando el usuario de la red social sufra un daño derivado de un incorrecto tratamiento de datos personales? Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que no se hubiera informado correctamente sobre el uso de los datos personales y los mismos, han sido consultados por terceros que no se encontraban autorizados en las políticas de privacidad o, como no, en supuestos donde la red social no cumple adecuadamente su

---

<sup>831</sup> GONZALO DOMENECH, J.J., “Schrems contra *Facebook*: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, en *Diario La Ley*, número 9157, 2018, p. 6.

<sup>832</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A., " Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: Precisiones sobre competencia judicial", en la *Ley Unión Europea*, número 56, 2018, p. 6.

<sup>833</sup> SAFJAN, M., “Concepto de «consumidor» de un usuario de una cuenta privada de *Facebook* para la determinación de la competencia judicial en contratos celebrados por los consumidores. TJ, Sala Tercera, 25 Ene. 2018. Asunto C-498/16: Schrems”, en *La Ley Unión Europea*, número 56, 2018, pp. 1 a 12.

deber de seguridad de datos personales y, se crea una brecha de seguridad, exponiéndose datos de tal magnitud, que ocasionan un daño al usuario de la misma. En esos supuestos ejemplificativos, la respuesta a la anterior cuestión es simple: habrá que interponer una acción de responsabilidad civil contractual, para exigir la reparación del daño sufrido.

Dicha acción de responsabilidad civil contractual, se fundará en el artículo 82 RGPD ya analizado, precepto que no establece regulación específica de plazos para la interposición de la demanda. Por tanto, acudiendo al régimen general de responsabilidad civil contractual existente en el Derecho Nacional español<sup>834</sup>, es decir, en el Código civil, cuyo artículo 1964.2 establece que la acción de responsabilidad civil contractual tiene un plazo de prescripción de 4 años desde que pudo a ser ejercitada. El día a partir del cual se entenderá que pudo ser ejercitada, será el determinado por el Tribunal Supremo de España, es decir, los citados daños tendrán la consideración de daños continuados y, su plazo no comenzará a correr *hasta que el afectado no tenga conciencia del cese en el incorrecto tratamiento de datos*. Debe recordarse que la obligación de indemnización por parte del responsable de la red social no será automática por el hecho de incumplir la normativa de protección de datos, sino que el dañado, deberá demostrar el mismo e, incluso el responsable o el encargado del tratamiento, se podrán eximir de responder del mismo, si demuestran que actuaron con la diligencia exigible, por ejemplo, en el caso de posibles brechas de seguridad, si demuestran que realizaron todas las actividades tecnológicas posibles para proteger y cifrar los datos de sus usuarios.

Parte de la doctrina considera que aunque la acción para reclamar los daños derivados de incorrectos tratamientos de datos, tiene un origen fundamentalmente extracontractual,

---

<sup>834</sup> TRULI, E., “The General Data Protection and Civil Liability”, en la obra colectiva coordinada por Backum, M., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property: Towards a Holistic approach?*, editorial Springer, Berlín, 2018, p. 30: “The new GRPR does not directly affect the other national civil provisions, either contractual or non – contractual”.

aunque también resultaría aplicable a las demandas fundadas por posibles daños de carácter extracontractual<sup>835</sup>. No parece existir justificación alguna para realizar la anterior consideración pues viene siendo el objetivo del presente trabajo, determinar y configurar la existencia de dos regímenes distintos en caso de la producción de un daño derivado de incorrectos tratamientos de datos personales: uno extracontractual, tomando de ejemplo, la relación no contractual existente entre los usuarios de los motores de búsqueda y los mismos, y otro contractual, sirviendo de referencia la relación contractual existente entre los consumidores o usuarios de redes sociales y los proveedores del citado servicio.

A diferencia con lo que ocurría en relación a las demandas presentadas por daños derivados de incorrectos tratamientos de datos por parte de los motores de búsqueda, donde si existen ya diferentes situaciones resueltas por los Tribunales de Justicia en España, dicha situación no ha ocurrido todavía en relación al ejercicio de demandas de responsabilidad civil contractual contra los proveedores de redes sociales. Quizás, el caso más avanzado, sea el presentado por la *Organización de Consumidores y Usuarios* (OCU) que ha demandado a *Facebook* exigiendo 200 euros por cada usuario español que se una a la acción colectiva, por tratar inadecuadamente los datos de los españoles, hechos que consideran acreditados por el caso *Cambridge Analytica* y, por la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos objeto de análisis con anterioridad<sup>836</sup>, el caso

---

<sup>835</sup> GONZALO DOMENECH, J.J., “El régimen de corresponsabilidad en el tratamiento en una red social y el régimen de competencia de una autoridad de control: Comentario a la STJUE de 5 de junio de 2018”, en *Diario La Ley*, número 9258, 2018, p. 4: “La acción de responsabilidad del RGPD consiste en una acción de responsabilidad extracontractual, pero debido a que el tratamiento de datos personales es un elemento nuclear del contrato, cabe la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad extracontractual de los instrumentos europeos, además de la posibilidad de poder ejercitar las acciones de responsabilidad contractual derivadas de un contrato de consumidores”.

<sup>836</sup> La campaña lanzada por la OCU se denomina “Mis datos son míos, *Facebook*”. En la citada campaña la organización expresa: “Las explicaciones y disculpas de Zuckerberg no convencen a los usuarios, no somos sus marionetas, no queremos que nos manejen, por eso OCU toma medidas. Las organizaciones de consumidores del grupo Euroconsumers planteamos una acción judicial contra *Facebook*, que ha infringido las normas sobre protección de datos al recopilar y tratar los datos de sus usuarios sin su consentimiento inequívoco. ¿Nuestro objetivo? Que se compense a todos los usuarios que podrían ser víctimas del mal uso de sus datos, en España, más de 26 millones: pedimos, al menos, 200 € para cada usuario. Conseguir que

ha sido admitido a trámite por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, pero sobre el mismo, todavía no tenemos constancia de que ha recaído resolución.

### **B) Las acciones civiles colectivas de carácter indemnizatorio derivadas del incorrecto tratamientos de los datos personales por proveedores de redes sociales**

La demanda planteada por la Organización de Consumidores y Usuarios abre en España un supuesto todavía no contemplado en el presente trabajo, como es el relativo al ejercicio de acciones colectivas en reclamación de indemnizaciones por la producción de un daño, como consecuencia de incorrectos tratamientos de datos personales.

Debe traerse a colación, la STJUE de 25 de enero de 2018, donde recuérdese, no se permitió al señor Schrems el ejercicio de derechos cedidos por otra serie de usuarios de *Facebook*, al no considerar a los mismos dañados en la relación contractual principal. También, resulta oportuna la STJUE de 29 de julio de 2019, el citado caso *Fashion ID*, donde fue una asociación en defensa de los consumidores quien presentó la demanda, sentencia donde el Tribunal de Justicia admitió la legitimación activa de la citada asociación para demandar civilmente a la compañía, incluso sin estar prevista la citada posibilidad en la Directiva 95/46 reguladora del régimen jurídico de protección de datos en Europa<sup>837</sup>, hasta la promulgación del *Reglamento General de Protección de Datos*.

Precisamente, una de las novedades más destacadas del Reglamento, fue la inclusión de las denominadas acciones colectivas<sup>838</sup> en su artículo 80, estableciendo concretamente la posibilidad de que una asociación sin ánimo de lucro, constituida conforme a las reglas

---

los consumidores tengan el control de sus propios datos, puedan decidir dónde, cuándo y con quién los comparten". En: <https://www.ocu.org/especiales/misdatososonmios/> (consultado el 31 de agosto de 2019).

<sup>837</sup> VAN ALSENOY, B., "Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation", en *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec.*, número 7 2016, p. 271 y siguientes.

<sup>838</sup> 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", en *La Ley Mercantil*, número 42, 2017, p.4 y siguientes.

de los estados miembros y, cuyo interés sea la defensa de la privacidad, puede presentar reclamaciones e incluso demandas civiles con el consentimiento del usuario afectado<sup>839</sup>.

Si se siguiese al pie de la letra, el contenido del artículo 80 RGPD, podría darse la situación de que en el caso español, entidades generalistas en defensa de los consumidores no pudieran plantear una acción colectiva de las previstas en el *Reglamento*, ya que el mismo habla de asociaciones sin ánimo de lucro y centradas, en la protección de los derechos fundamentales de los usuarios. Sin embargo, la sentencia del caso *Fashion ID* citada con anterioridad, si realizó alusión expresa a la posibilidad de presentarse estas acciones por parte de las asociaciones de consumidores, citando para ello el texto del Reglamento<sup>840</sup>.

Ante la ausencia de regulación al respecto por parte de *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos, Personales y garantía de los derechos digitales*, parece ser que el examen jurídico que deberán realizar los tribunales en relación a la posible o no, falta de legitimación activa de la Organización de Consumidores y Usuarios en su demanda presentada contra *Facebook*, deberá realizarse en función de los postulados contenidos en nuestra *Ley de Enjuiciamiento civil*<sup>841</sup>, aunque como advierte al respecto la doctrina, “los mecanismos de acción colectiva para previstos en esta norma

---

<sup>839</sup> Artículo 80.1 RGPD: “El interesado tendrá derecho a dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro que haya sido correctamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales, para que presente en su nombre la reclamación, y ejerza en su nombre los derechos contemplados en los artículos 77, 78 y 79, y el derecho a ser indemnizado mencionado en el artículo 82 si así lo establece el Derecho del Estado miembro”.

<sup>840</sup> Apartado número 62 STJUE de 29 de julio de 2019: “Por último, el hecho de que el Reglamento 2016/679, que derogó y sustituyó la Directiva 95/46 y que se aplica desde el 25 de mayo de 2018, autorice expresamente, en su artículo 80, apartado 2, a los Estados miembros a permitir que las asociaciones de defensa de los intereses de los consumidores ejerciten acciones judiciales contra el presunto infractor de la protección de los datos personales no implica en absoluto que los Estados miembros no pudieran conferirles ese derecho durante la vigencia de la Directiva 95/46, sino que confirma, por el contrario, que la interpretación que de esta se ofrece en la presente sentencia refleja la voluntad del legislador de la Unión”.

<sup>841</sup> En concreto la acción colectiva de reparación y la acción colectiva de cesación.

tienen por objeto la protección de los derechos e intereses de los consumidores y no la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales (...) sin embargo, podría darse el caso de que algún tratamiento ilícito de datos personales pudiera también considerarse una infracción que perjudicara los intereses colectivos de los consumidores”<sup>842</sup>.

Parte de la doctrina se muestra escéptica con la posibilidad de presentación de acciones colectivas en materia de protección de datos por parte de las entidades de defensa de los consumidores y usuarios generalistas, así, en concreto, resaltan el contenido de los artículos 11.2 y 11.3 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*<sup>843</sup> que establece una legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, donde no se nombra en ningún momento los requisitos de la ausencia de ánimo de lucro o, la constitución de entidades destinadas únicamente a la defensa de la protección de los datos de los usuarios<sup>844</sup>.

Por otra parte, el artículo 80 RGPD, que articula la posibilidad de ejercitar las acciones colectivas, no especifica si las citadas asociaciones podrán representar a nacionales de diferentes estados miembros o solo los residentes en un determinado país, aunque debido a la remisión que realiza a la regulación de los estados miembros, parece ser que inclina por la segunda idea, es decir, la de que solo pueden representar a los nacionales de un estado miembro.

---

<sup>842</sup> FERNÁNDEZ-SARAMIEGO, J., y PIÑAR GUZMÁN, B., “Las acciones colectivas en el marco del RGPD: Una perspectiva desde el Derecho Civil español”, en *Diario La Ley*, número 26, 2019, p. 2.

<sup>843</sup> Artículos 11.2 y 11.3 LEC: “2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”.

<sup>844</sup> REQUEJO ISIDRO, M., “Max Schrems against Facebook”, en *MPILux Research Paper Series*, número 4, 2018, p. 14 y siguientes.



De igual sentido, tampoco especifica sus foros de competencia, pero la doctrina considera que no existirán impedimentos para que le resulten de aplicación los mismos foros que los previstos para las persona físicas<sup>845</sup>.

---

<sup>845</sup> MORENO GARCÍA, L., “Delimitación del fuero del consumidor en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 9270, 2018, p. 6 y siguientes.



## CONCLUSIONES

Una vez desarrollado el tema objeto de nuestro estudio, en especial, la responsabilidad civil de carácter extracontractual y/o contractual que se puede derivar como consecuencia de los daños ocasionados por tratar incorrectamente los datos personales, por parte de los motores de búsqueda y las redes sociales en Internet, resulta oportuno trazar las más importantes conclusiones que sintetizan el presente trabajo.

**PRIMERA.-** Sigue resultando esencial, para la Sociedad y para el mundo del Derecho, la vieja regla que inmortalizó ULPIANO: “*alterum non laedere*”, según la cual nadie debe causar daño a otro. La institución de la responsabilidad civil se remonta en sus orígenes a la *Lex Aquilia*, que comenzó a sustituir la pena física y corporal, impuesta a quien había causado un daño, por la obligación de repararlo *in natura* o económicamente. Naturalmente, sus precursores, nunca imaginarían que la institución que aplicaban seguiría vigente para exigir las reparaciones por unos impensables daños sufridos como consecuencia de unas desconocidas tecnologías, como es hoy el tratamiento incorrecto de los datos personales en Internet. Con carácter general, la responsabilidad civil alberga una importante función reparatoria y compensatoria, ya que su fundamento reside, efectivamente, en compensar patrimonialmente el daño causado, lo que puede ocurrir, respecto de nuestro análisis, cuando los titulares de los motores de búsqueda tratan de forma incorrecta los datos personales de ciertos sujetos o, cuando las empresas que explotan las redes sociales no respetan los derechos fundamentales de sus usuarios.

**SEGUNDA.-** Como es sabido, la responsabilidad civil procede de dos fuentes básicas que la dividen en dos grandes bloques: una de carácter contractual y otra de índole extracontractual. La primera se fundamenta, de manera general, en el artículo 1101 del Código civil, al establecer que: “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo,

negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquellas”. El precepto contempla dos causas materiales de incumplimiento: la mora y la contravención; y además fija dos criterios de imputación de la responsabilidad: el dolo y la culpa. Respecto al primer grupo, la mora hace referencia al retraso en el cumplimiento de la prestación debida por parte del deudor; mientras el término contravención, debe ser entendido como cualquier comportamiento activo u omisivo del deudor que lesione el derecho de crédito del acreedor.

Por otra parte, en relación a los criterios de imputación de la responsabilidad civil, el dolo, no solo es un concepto que deba tenerse en cuenta en la fase de formación del contrato, sino que es, como cualquier comportamiento consciente que ocasione un daño al contratante de buena fe, un criterio de imputación que, además, no podrá verse moderado mediante la introducción de una cláusula de limitación de la responsabilidad contractual. En cuanto a la negligencia o culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, concurrirá cuando no se actúe en la relación contractual con la diligencia exigida a un “buen padre de familia” y, a diferencia de lo que ocurría en el caso del dolo, sí que podrá ser moderada por las partes.

**TERCERA.-** Respecto del contenido de la indemnización, el artículo 1106 del Código civil, aplicable tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, establece que puede englobar el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales. El daño emergente, es el equivalente al valor de la pérdida sufrida como consecuencia de la actuación dolosa o culposa o, por la actuación ilícita. El lucro cesante, hace referencia a la ganancia dejada de obtener por parte del sujeto perjudicado. Los daños morales, son aquellos donde no se sufre un daño tangible en el patrimonio económico, pero sí en aspectos que se pudieran considerar como íntimos o sentimentales, y, aunque, con reticencias de la inicial jurisprudencia, hoy ya no se duda que pueden ser exigibles tanto

en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual, como de carácter extracontractual.

El plazo de prescripción establecido para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil de carácter contractual ha sido tradicionalmente considerado muy amplio, pues hasta el año 2015, era de quince años con carácter general. No obstante, en tal fecha fue reformado el artículo 1964.2 del Código civil fijándose en la actualidad el plazo de prescripción general y para la acción de responsabilidad civil contractual en cinco años.

**CUARTA.-** La responsabilidad civil extracontractual se regula en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, y según el primero de ellos: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. El citado precepto, establece un sistema de responsabilidad civil subjetivo basado en la culpa, donde quien realice un acto o lo omita, de forma dolosa o negligente, deberá responder del daño causado, creándose una relación obligacional indemnizatoria al respecto. La acción, como criterio de imputación de responsabilidad, debe ser entendida, como una especie de obrar humano voluntario, es decir, el desarrollo de una actividad controlable por el sujeto que ocasiona un daño resarcible; mientras que la omisión, solo generará un derecho al resarcimiento cuando se infrinja un deber legal.

Existen una serie de elementos que influyen en la determinación o no, de la responsabilidad civil de carácter extracontractual. Puede ocurrir que un sujeto sea inimputable, es decir, que a pesar de haber realizado un acto u omisión que haya ocasionado un daño a otro, no pueda responder civilmente por disponerlo así la Ley. La existencia del consentimiento del perjudicado también plantea cuestiones complejas en la determinación de una posible responsabilidad civil extracontractual, negándose normalmente el derecho a obtener tal reparación cuando ha sido el sujeto con su propia

actuación peligrosa quien se ha expuesto al daño. También, cuando concurra una situación de legítima defensa, amparada por la legislación penal, no existirá el derecho a exigir un resarcimiento de carácter civil y extracontractual al sujeto que actuó amparado en tal causa.

**QUINTA.-** No solo nacerá el derecho a obtener una reparación económica de índole extracontractual por la existencia de un daño, ocasionado por una acción u omisión culposa o negligente de un sujeto, sino que debe existir entre ambos, otro ineludible presupuesto más, la relación de causalidad. En la actualidad, tiene una fuerza preponderante la teoría de la relación de causalidad adecuada, que considera apropiada la causa que sea más probable que hubiera generado el resultado dañoso. Resulta significativa, por otra parte, la gran diferencia entre ambos regímenes respecto del menor plazo de prescripción existente en la responsabilidad civil de carácter extracontractual, ya que el artículo 1968.2 del Código civil establece que el citado plazo es solamente de un año, frente a los cinco años de la responsabilidad contractual que más arriba se acaba de indicar.

El artículo 1903 del Código civil regula la responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos, en concreto de los padres respecto a los actos realizados de sus hijos menores o incapaces, la del empresario por los actos emanados por sus trabajadores y, la de los docentes en cuanto a los de los escolares bajo su supervisión. Este sistema de responsabilidad, que no es subsidiario, tiene como principal característica, la inversión de la carga de la prueba por lo que deberán ser los sujetos inicialmente responsables, quienes deban probar que actuaron con la diligencia exigible a un buen padre de familia, para no responder de los daños causados.

No solo se instaura un sistema de responsabilidad subjetiva en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, sino que también, se encuentra tanto en el Código civil, en sus artículos 1905 a 1910, como en leyes especiales, un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo, de tal modo que los sujetos habrán de responder por la simple producción del daño, al margen de que hubiesen actuado con la máxima diligencia. El fundamento de la responsabilidad objetiva o por riesgo reside exclusivamente en la ley.

**SEXTA.-** Los daños producidos por las corporaciones o empresas titulares los motores de búsqueda, según nuestro criterio, tienen carácter extracontractual, mientras que los originados por la actuación de las plataformas, empresas, o titulares de las redes sociales, son de naturaleza contractual, resultando dos sistemas diversos de responsabilidad con significativas diferencias. En primer lugar, nos parecen injustificadas las divergencias existentes en los plazos de prescripción para entablar acciones civiles entre ambos regímenes, un año en la extracontractual, quizás por las influencias de la conocida como *actio iniuriae*, y cinco años en la responsabilidad de carácter contractual, resultando quizás necesaria, a nuestro juicio, una reforma que unifique los citados plazos. La inversión de la carga de la prueba, cuando se ha de responder por el hecho del tercero en la responsabilidad civil extracontractual, no se prevé para los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno en el régimen de las relaciones contractuales. Cuando exista una pluralidad de sujetos, con carácter general se adopta la fórmula de la responsabilidad mancomunada o por cuotas en el régimen contractual, mientras que en los casos de responsabilidad extracontractual se aplica el sistema de la solidaridad entre los obligados.

A nuestro juicio, resulta imperiosa la unificación del plazo de prescripción para exigir la responsabilidad civil pues no son pocas las ocasiones en las que se plantean los mismos

hechos buscando el plazo más largo, ya que pueden encajar en los dos regímenes, para obtener así el beneficio de la aplicación del plazo de prescripción de la responsabilidad civil contractual, cuando probablemente, el daño sea netamente extracontractual, lo que ha supuesto la aparición de la teoría de la unidad de la culpa civil.

**SÉPTIMA.-** La responsabilidad civil por los daños ocasionados como consecuencia del incorrecto tratamiento de los datos personales deriva en el derecho a un resarcimiento económico por la vía civil. Cuando se formuló en el año 1888 la expresión: “*The right to bet alone*”, no era posible imaginar los avances tecnológicos actuales en materia de comunicación, que si bien pueden facilitar la vida de los ciudadanos, también implican una enorme intrusión en la privacidad e intimidad de los individuos. La actividad que se desarrolla mediante la inteligencia artificial, que tan solo están comenzando, los sistemas de mensajería instantánea, los buscadores de Internet, o las redes sociales, propician, en muchos aspectos, el desarrollo social, pero su actividad no es gratuita, sino que su rendimiento económico es obtenido a partir de la cesión de los datos personales de sus usuarios, datos que ya, han sido bautizados como el “petróleo del siglo XXI”.

En la actualidad (muy reciente) y afortunadamente, ya se ha reconocido al ser humano, al más alto nivel normativo en la Unión Europea, de manera expresa, individual, concreta y específica, el derecho fundamental a la protección de datos. Nace como contrapeso a la libertad informática y a la libertad de expresión e información, Ello supone que el desarrollo de este derecho instaura una serie de salvaguardias para su efectividad, y entre otros, su ejercicio pretende impedir que los motores de búsqueda o las redes sociales, traten de forma inadecuada y pernicioso los datos personales de los ciudadanos, y cuando así ocurra, y se genere un daño, se pueda exigir un resarcimiento económico, además otras acciones.



**OCTAVA.-** El derecho fundamental a la protección de datos personales tiene como objetivo y finalidad esencial la protección de la esfera privada de los sujetos ante las actividades, automatizadas o no, de recopilación de los datos de las personas. Si bien el origen de su incipiente reconocimiento se deriva de aquella tímida mención sobre protección de la vida privada contenida en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*, lo que supuso un decisivo hito en esta materia en unas épocas tan convulsas en las que había que ser extremadamente previsor para adivinar la importancia que iba a adquirir el derecho a la privacidad cuando las tecnologías sobre la comunicación e información eran rudimentarias, o casi inexistentes.

Aquel embrión ha evolucionado exponencialmente, sobre todo en los últimos años, hasta llegar a la depurada regulación legislativa contenida en el actual *Reglamento General de Protección de Datos* de la Unión Europea de 27 de abril de 2016 y hoy ya aplicable directamente a los 27 países que la conforman. Un papel decisivo en el desarrollo de este derecho lo ha desempeñado, sin la menor duda, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que desde el año 2003, con la resolución del asunto *Rundfunk*, hasta la actualidad, ha venido interpretando cuestiones controvertidas relacionadas con este derecho, como al considerar a los motores de búsqueda en Internet “responsables del tratamiento de datos” o, que los usuarios de una red social tienen la condición jurídica de “consumidores”.

**NOVENA.-** La Constitución española de 1978, avanzada en este aspecto, ya reconocía en su artículo 18.4 el derecho fundamental a la protección de datos, ubicándolo en un apartado diferente de los otros derechos de la personalidad como el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen (artículo 18.1). Pese a ello no son pocas las discusiones acerca la autonomía del derecho de protección de datos personales frente a los otros derechos del mismo artículo. Aquí defendemos su total autonomía, con

independencia de que los otros derechos citados, puedan entenderse conectados en diferentes ocasiones. En estos términos se expresó rotundamente la STC 292/2000, de 30 de noviembre, y la STC 290/200 del mismo día. Sin olvidar la pionera STC 11/1981, de 8 de abril, que remarcó que incluso los derechos fundamentales tienen una serie de límites, en concreto, y de forma principal, el respeto al ejercicio del resto de derechos fundamentales, de donde hay que colegir que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto.

La aprobación de la *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*, obligó a España, como al resto de países de la Unión Europea, a trasponer la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico, lo que se hizo mediante la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos*, que ha estado vigente hasta el día 7 de diciembre de 2018. Ambos instrumentos han formado el marco jurídico de aplicación de este derecho, durante veinte años. Allí se regularon una serie de derechos, conocidos como *derechos ARCO*: de acceso, regulación, cancelación y oposición a los datos personales recopilados, derechos que han marcado el posible desarrollo de acciones frente a incorrectos tratamientos de tales datos personales. Además, se establecieron una serie de principios, como el de finalidad, calidad, consentimiento o el importante deber de seguridad, que tenían que estar presente en cualquier tratamiento de datos realizados, principios que aunque con variaciones, siguen presentes en la actualidad.

**DÉCIMA.-** El marco jurídico regulador del derecho a la protección de datos personales, mutó radicalmente con la aprobación del *Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos*, que sustituyó el anterior sistema establecido por la Directiva 95/46, y que trata de

homogeneizar las distintas regulaciones existentes en la Unión Europea dado que es de aplicación directa, sin necesidad de transposición por cada Estado miembro. Este *Reglamento General de Protección de Datos* comunitario amplió el ámbito de aplicación territorial aplicándose obligatoriamente por las compañías que traten datos de los ciudadanos de la Unión Europea, con independencia de donde tuvieran su establecimiento principal, adaptándose así a la interpretación flexible de “establecimiento” que venía haciendo, desde antiguo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El *Reglamento* incorpora una serie de derechos nuevos, como el derecho al olvido, o derecho de supresión, el derecho de portabilidad o el derecho de limitación, entre otros, al mismo tiempo que reformó aspectos sustanciales de la protección de datos, como la modificación del principio del consentimiento, donde actualmente, ya no se permite prestar el consentimiento de forma presunta, al contrario de lo que sucedía con la anterior normativa.

Tras el *Reglamento*, aprobó España la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, adaptándose a la normativa comunitaria impuesta por aquel y abordando materias trascendentes, como el establecimiento de la edad mínima de 14 años para consentir el tratamiento de datos personales, la regulación y reconocimiento del derecho al olvido, el reconocimiento de una categoría nueva, el derecho al testamento digital, así como, finalmente, otro también de nuevo cuño, el derecho a la desconexión digital.

**UNDÉCIMA.-** El examen de la previsión normativa del derecho a una indemnización prevista en el actual marco regulatorio del derecho a la protección de datos personales ocupa la parte más importante del presente trabajo. Así, a la vista del artículo 82 RGPD, cuando se produzcan daños derivados por el incorrecto tratamiento de datos personales, habilita expresamente a exigir el resarcimiento de los daños materiales como inmateriales

sufridos, es decir, se incluyen las tres categorías de daños, el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales. Pero no se considera producido de forma automática cuando se provoca una infracción del derecho a la protección de datos personales (como sucede en la violación del derecho al honor, intimidad e imagen), sino que debe acreditarse por el perjudicado, dándole la oportunidad al presunto infractor de probar que actuó de forma correcta. Por ello, nosotros no definimos este sistema de responsabilidad civil como subjetivo, ni tampoco objetivo, sino *cuasi-objetivo*, pues si el sujeto ha sufrido un auténtico daño, difícilmente, podrá demostrar el responsable o el encargado del tratamiento que actuó de forma correcta. No obstante, la carga de la prueba del daño concreto sufrido por el perjudicado puede ser una tarea que genere gran dificultad.

Esta responsabilidad también puede ser solidaria entre ambos cuando exista un encargado y un responsable del tratamiento, lo que será habitual, pudiendo el dañado reclamar los perjuicios a cualquiera de ellos. La norma comunitaria explicita que, puede ser posible que el grado de culpabilidad sea distinto entre ambos, debiendo determinarse posteriormente pero sin afectar a la posibilidad de reclamar a cualquiera de ellos el importe total por el daño sufrido. A nuestro juicio, este régimen, ante la falta de previsión al respecto, debería aplicarse a ambos regímenes de responsabilidad civil, tanto contractual, como extracontractual, según exista o no una relación contractual entre el agente dañado y el sujeto infractor de la normativa de protección de datos personales.

**DUODÉCIMA.-** Uno de los aspectos introducidos por las nuevas tecnologías de la información y que contrasta con la naturaleza del ser humano es la memoria. En efecto, las nuevas tecnologías, mediante bases de datos automatizadas que atesoran una ingente cantidad de información personal y el fácil acceso a ellas a través Internet, permiten que muchos hechos permanezcan casi eternamente a disposición de cualquier persona y desde todas las partes del mundo. Sin embargo, el acceso y divulgación perpetua de datos

privados sobre las personas puede generar un terrible perjuicio para el afectado, sean ciertos o no. Es justamente esta circunstancia la que ha provocado el nacimiento del derecho al olvido, figura que centra una buena parte del presente trabajo al estudiar los supuestos de responsabilidad civil extracontractual que se pueden derivar por daños sufridos por incorrectos tratamientos de los datos personales de los ciudadanos por parte de los titulares de los motores de búsqueda en Internet, reducido a varias empresas y sobre todo a *Google* que parece aglutinar el 90% de las búsquedas mundiales.

Estos motores de búsqueda ayudan, sin duda, a colocar esa “biblioteca desordenada” que es Internet, pero en ocasiones, pueden mostrar una serie de resultados, veraces o no, que generan un daño (a veces muy grave) a una determinada persona, cuando muchas veces tal información ya está obsoleta carece de toda relevancia para la sociedad. Es precisamente lo anterior, el germen del derecho al olvido del que se deriva la facultad para solicitar a un determinado motor de búsqueda, a una hemeroteca de los diarios o periódicos digitales, o a cualquier otro proveedor de servicios de información de Internet, que *desindexen* una determinada noticia que aparece, cuando se introducen los datos personales de nombre y apellidos de una persona, en los citados buscadores.

Nótese, que hemos utilizado la expresión “desindexar” y no eliminar o borrar, porque entonces, en nuestra opinión, no podría llamarse derecho al olvido, sino un auténtico derecho al borrado para conseguir que una noticia, que pudo ser veraz, desaparezca para siempre de Internet, lo que violaría la libertad de expresión e información periodística. Realmente, lo que se reconoce, es el derecho a ser olvidado, no al borrado definitivo de los datos, ya que si prospera el citado derecho, simplemente se omitirá el resultado de mostrar tales aspectos personales que ofrezcan los motores de búsqueda tras introducir el nombre y apellidos del sujeto afectado, pero la noticia seguirá accesible, incluso con los buscadores, pero introduciendo unos términos de búsqueda distintos, como por ejemplo

la fecha de la noticia o del suceso, aunque ello, claro está dificulta la búsqueda y protege con mucha mayor eficacia el ámbito de la privacidad del individuo.

**DECIMOTERCERA.-** A pesar del debate doctrinal acerca del origen del derecho al olvido, es innegable que su reconocimiento final fue consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo del año 2014, que enjuició el conocido asunto *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos*. La sentencia reconoció expresamente que la actividad de los motores de búsqueda se corresponde con un tratamiento de datos personales y que por tanto, en su desarrollo se deben respetar los principios comunitarios, así como su desarrollo normativo, incluyendo los relativos a la calidad y finalidad de los datos. El Tribunal consideró que el paso del tiempo puede provocar que una noticia, aunque pueda ser veraz, haya dejado de interesar a la opinión pública, debiendo los buscadores aceptar las solicitudes de derecho al olvido por los afectados que lo soliciten en esas circunstancias, con la excepción de las personas con relevancia pública, con ciertos matices. Además, esta sentencia supuso una ampliación en la interpretación del concepto de lugar de establecimiento, ya que *Google* siempre alegó no poder ser demandada ante los Tribunales españoles, al no contar con establecimiento permanente en este territorio, pero sin embargo, para el Tribunal comunitario, lo importante es lograr una adecuada protección del derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos comunitarios, lo que supuso la ampliación territorial de la aplicación sobre la vigente legislación comunitaria sobre protección de datos, y posteriormente, del nuevo *Reglamento General de Protección de Datos*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se volvió a pronunciar sobre el derecho al olvido en su sentencia de 9 de marzo de 2017, en el conocido *asunto Manni*, donde instauró un límite específico al ejercicio del citado derecho, ya que, no se podrá utilizar para pedir que desaparezca la información pasada, contenida en los registros societarios de

los países, debido a que la misma, puede ser importante para el fomento del comercio y la seguridad jurídica. Se ha limitado este derecho a su no aplicación mundial de la misma, circunscribiéndose en principio solo a los resultados de búsqueda en los Estados miembros, según la STJUE de 24 de septiembre de 2019, en el asunto *Google vs. Cnil*. Pero debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que no existe limitación legal alguna para que, realizada la ponderación necesaria para desindexar ciertos enlaces de los resultados de un motor de búsqueda, fuera posible solicitar el alcance universal de la medida, en función del posible daño causado al reclamante cuyos datos personales hubieran sido violados.

**DECIMOCUARTA.-** El primer texto normativo, no programático, que consagró la existencia del derecho al olvido y su aplicación efectiva, fue el *Reglamento General de Protección de Datos* comunitario, concretamente en su artículo 17, bajo la expresión literal: “Derecho de supresión («el derecho al olvido»)”, precepto que recoge una serie de supuestos donde puede utilizarse y, también, algunos límites a su ejercicio. Al otorgarle rango de derecho subjetivo, se proporciona a aquellas personas que sufran un daño por la no estimación parte el titular del motor de búsqueda de su solicitud de reclamar una indemnización en virtud del artículo 82 RGPD. En España, la incorporación de forma expresa del “derecho al olvido”, se produjo a raíz de la promulgación de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en particular, en su artículo 93, que permite el ejercicio del derecho al olvido frente a las búsquedas realizadas en Internet, en términos similares a los del *Reglamento comunitario*. No menor atención merece el artículo 94 sobre un supuesto derecho al olvido en las redes sociales.

En efecto, el citado precepto, sí que regula un “derecho al borrado”, es decir, permite al usuario de una red social, exigir que se elimine definitivamente una determinada

información divulgada o aportada por él mismo, hecho que como hemos defendido, no puede denominarse derecho al olvido. El artículo 96 regula el derecho al olvido de las personas fallecidas, legitimando a los herederos y personas vinculadas al difunto, para que puedan solicitar la desindexación de contenidos publicados en Internet y, solicitar el borrado de información existente en las redes sociales, debiendo respetarse en ambos casos, las posibles disposiciones sobre la materia, que pudieran existir en el testamento del fallecido.

**DECIMOQUINTA.-** En el supuesto de que el ejercicio legítimo del derecho al olvido no sea atendido por el titular del motor de búsqueda, y se genere un daño o perjuicio para la persona sobre la que al introducir sus datos personales de nombre y apellidos, porque aparecen resultados de una noticia falsa, o veraz pero que el transcurso del tiempo ha provocado que carezca de importancia para la sociedad, el perjudicado podrá entablar una acción de responsabilidad civil extracontractual frente al proveedor del servicio. En este caso, se trata de una acción de responsabilidad civil extracontractual, porque no hay ninguna relación contractual entre la persona que sufre el daño y, el titular del motor de búsqueda en cuestión.

El perjudicado deberá acreditar la existencia del daño y su alcance, cuestión que ha provocado que en la práctica, las repercusiones indemnizatorias derivadas del ejercicio del derecho al olvido se hayan sustentado a través, de las herramientas jurídicas previstas en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, donde el daño siempre se presume legalmente cuando se acredite la lesión al derecho afectado, por lo que solo hay que probar el hecho tipificado, esto es, la infracción legal de aquellos derechos de la personalidad que dan nombre a la *Ley Orgánica*, para el reconocimiento el derecho a una reparación económica. Además, mediante la aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual, el plazo



para reclamar los daños tiene un plazo de prescripción de un año, pero en la regulación prevista sobre los derechos de la personalidad indicados, el plazo es de caducidad y se amplía notablemente hasta los cuatro años, siendo otro importante motivo de confusión o aplicación errónea, desde nuestro punto de vista, del citado régimen a las reclamaciones por daños derivados de incorrectos tratamiento de datos, sobre todo en su esfera extracontractual.

Aunque es una cuestión controvertida, la autonomía propia otorgada por el Tribunal Constitucional al derecho fundamental a la protección de datos, es motivo suficiente, en nuestra opinión, para considerar que las acciones no deben fundamentarse la vía legal de protección del derecho al honor, intimidad e imagen ya que, la normativa de protección de datos establece sus propias especialidades en relación al ejercicio indemnizatorio, aunque es cierto, que habrá que acudir al régimen general del Código civil en lo no previsto en ella, como es, por ejemplo, en lo relativo al plazo de prescripción, que en el caso de daños derivados de una relación extracontractual, será de un año, lo que reduce, es cierto, la protección del perjudicado. Aunque, también es verdad, que desde una óptica positiva, al aplicarse la normativa que venimos defendiendo, los daños derivados del incorrecto tratamiento de los datos personales, tienen la consideración de “daños continuados”, en virtud de lo expresado por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de octubre de 2015, siendo el *dies a quo* del plazo de prescripción, el momento en que el afectado tenga conocimiento “del cese ilícito” en el tratamiento de sus datos personales.

**DECIMOSEXTA.-** Pueden existir supuestos donde el daño que genera la actividad del proveedor de servicios, por acción u omisión, al usuario, por el incorrecto tratamiento de sus datos personales, tenga carácter contractual, como sucede en los daños sufridos por los usuarios de las redes sociales. Estas, en su funcionamiento, se encuentran

desarrolladas a partir de la “teoría de los seis grados de separación”, según la cual, es posible contactar cualquier ciudadano del mismo, a partir precisamente de seis personas o saltos. Sin embargo, la actividad principal de las redes sociales, no es la de facilitar el contacto entre usuarios de todo el mundo (esa es la finalidad aparente), sino que es más cierto que su núcleo de intereses radica en la obtención de los datos personales de sus usuarios e, incluso, de los no usuarios, al objeto de obtener una serie de perfiles, que son explotados comercialmente y vendidos a terceros con fines publicitarios. Los usuarios de las redes sociales alojan datos personales tanto en el momento de su registro en la red social, como posteriormente, mediante el uso (en ocasiones, mal uso, por indiscriminado) de las redes sociales, sobre lo que la doctrina considera que se ha perdido el sentido de la intimidad, acuñando el término “*extimidad*” (contrario a intimidad). Realmente, el usuario informado, podría comprender, aunque fuera relativamente, que la actividad de las redes sociales gira en torno a la recopilación, tratamiento y cesión de sus datos, pero para ello, debería previamente leer y, lo que es más complejo, comprender, el contenido de las conocidas como “Políticas de privacidad”, los documentos (contratos-tipo) donde se fijan las condiciones contractuales de la relación entre la red social y sus usuarios, si bien, evitan en lo posible usar, en sus extraordinariamente largos textos, la palabra contrato.

La red social paradigmática por excelencia es *Facebook*, un gigante tecnológico propietario del servicio de mensajería instantánea más importante del mundo (*WhatsApp*) y que, incluso se encuentra en proceso de lanzar una propia moneda virtual. Todas las redes sociales, desde un punto de vista jurídico, se encuadran dentro de las denominados como servicios de la sociedad de la información, cuya normativa se remite al cumplimiento de la regulación de protección de datos personales, por tanto, en el ejercicio de sus funciones, donde el *Grupo de Trabajo del Artículo 29*, ya dictaminó en el año

2009, que realizan un auténtico tratamiento de datos personales, deben respetar los principios y derechos conferidos a los titulares del citado derecho, ya que, si no lo hacen, se puede originar un daño indemnizable de tipo contractual.

**DECIMOSEPTIMA.-** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha ido resolviendo algunas cuestiones jurídicas controvertidas en relación al tratamiento de datos realizado por las redes sociales, sobre todo, de la red social *Facebook*, al ser la mayor de todas y también la que mayor nivel de litigiosidad presenta. Así, la transferencia internacional de datos que realizaba *Facebook* de sus usuarios europeos, fue declarada contraria a las exigencias comunitarias, provocando con ella, la declaración de ilicitud del sistema de transferencia existente entre Estados Unidos y la Unión Europea, cuestión resuelta por la STJUE de 6 de octubre del año 2015. Trascendental, sobre todo para el objeto del presente trabajo, resulta la STJUE de 25 de enero de 2018, que consideró que los usuarios de la red social *Facebook* y, por tanto, también del resto, tienen la condición jurídica de “consumidores” de los proveedores de las redes sociales, es decir, se consagró la existencia de una relación contractual entre el proveedor de la red social y sus usuarios, pero con la privilegiada condición legal de consumidores. Dicho reconocimiento, provocó que con anterioridad a los fueros sobre la responsabilidad civil introducidos por el *Reglamento General de Protección de Datos* comunitario, donde se permite al dañado demandar ante los Tribunales de su propio domicilio, la aplicación de los foros existentes para los consumidores en el ámbito del Derecho internacional privado, permitiendo demandar a las redes sociales, igualmente, en el lugar de la residencia habitual del consumidor.

La STJUE de 5 de julio de 2018 consideró, al administrador de una página de *Facebook*, como corresponsable del tratamiento junto a la red social, a pesar, de que los *cookies* de recogida de datos de los usuarios, se encuentran incrustados únicamente por

la red social. El Tribunal comenzó ya con su pronunciamiento sobre los *Testigos de Jehová* a ampliar el concepto de responsable, y en el caso descrito anteriormente, estimó que el hecho de que *Facebook* suministre después de la recogida información de los usuarios que han accedido a la citada página, era óbice para declarar al administrador de la página como corresponsable del tratamiento. Esa *interpretación expansiva* del concepto de responsable del tratamiento, también se acoge en la STJUE de 29 de julio de 2019, donde se volvió a considerar corresponsable del tratamiento, al responsable de una página web que colocó el conocido como botón “*Me gusta*” de *Facebook* en su página web, debido a que se demostró que, simplemente por su colación, la red social obtenía datos personales de todos los visitantes de la página web, incluidos los de los sujetos que no eran usuarios de la citada red social.

**DECIMOCTAVA.-** Al ser los titulares de las redes sociales sujetos responsables del tratamiento de datos personales de sus usuarios, puede ocurrir que se les genere un daño, por ejemplo, mediante la violación del deber de informar correctamente sobre la recogida, uso, tratamiento y cesión de los mismos, viciando así el consentimiento otorgado por sus usuarios en el momento de registro de la red social; o, por la no articulación de las necesarias medidas de seguridad, dando lugar a las conocidas como “brechas de seguridad”, que pueden provocar un daño a los usuarios mediante la exposición abierta de datos de carácter privado e incluso íntimo. En esos supuestos, si el usuario de la red social consigue demostrar el daño causado, se generará el derecho a obtener una indemnización civil de carácter contractual, ya que, obviamente, la relación existente entre el usuario y la red social, debe catalogarse como contractual. Aparte de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales analizados, donde se alude a la citada condición, resulta que la citada relación contractual cumple además con los requisitos de objeto, consentimiento y causa que exige el artículo 1261 del Código civil para determinar

la existencia de un contrato. La supuesta gratuidad de los servicios de las redes sociales es muy controvertida, ya que, la cesión de datos personales realizada podría considerarse como una contraprestación de tipo oneroso, y desde luego, no impide considerar la relación como contractual de carácter atípica, al no existir un tipo contractual específico que exija la determinada entrega de una contraprestación económica (aunque los datos personales tienen un indudable valor patrimonial convertible en dinero) para poder usar las redes sociales.

Por tanto, la relación contractual vendrá determinada por la aceptación de las cláusulas, siempre unilaterales, establecidas en los contratos de adhesión, pero que legalmente, otorgarán a los usuarios, condición jurídica de consumidor, recibiendo la extraordinaria protección jurídica que el Derecho comunitario y nacional de todos los 27 países de la Unión Europea, concede a los consumidores. La acción de responsabilidad civil contractual, al no tener fijado un plazo específico en el artículo 82 RGPD, debe entenderse que se encuentra sujeta al plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964.2 del Código civil, teniendo los citados daños, al igual que ocurría con los de carácter extracontractual, la condición de daños continuados, por lo que el plazo no comenzará a correr, hasta que el consumidor no conozca que ha finalizado el tratamiento incorrecto de datos realizado por la red social. La demanda de responsabilidad civil contractual, se deberá presentar ante los Tribunales del domicilio habitual del ciudadano (consumidor) residente en la Unión Europea, lo que, evidentemente, mejorará el derecho a obtener una reparación económica por los usuarios de las redes sociales.

**DECIMONOVENA.-** En el rastreo jurisprudencial de nuestra investigación, no hemos encontrado, hasta la fecha, pronunciamientos judiciales sobre acciones de responsabilidad civil contractual contra empresas titulares de redes sociales, si bien se interpuso una acción colectiva por la Organización de Consumidores y Usuarios de

España, contra *Facebook*, donde se exigen 200 euros por cada usuario de la red social, como consecuencia de los incumplimientos reiterados de la red social en el tratamiento de datos de los usuarios de la Unión. Pensamos que será difícil que prospere la demanda, ya que, el requisito de la acreditación del daño es básico para obtener una reparación de tipo económico, y en el caso descrito, la formulación del daño es excesivamente genérica.

Además, otras cuestiones de carácter procesal, también pueden impedir que prospere, ya que, se trata de una acción colectiva de indemnización, cuyo reconocimiento es relativamente novedoso en el mundo del derecho a la protección de datos personales, y la normativa nacional sobre las acciones colectivas al no casar bien con lo establecido en el artículo 80 RGPD que exige que las demandas colectivas sean impuestas por asociaciones sin ánimo de lucro, cuyo único conjunto de intereses sea la defensa de los datos personales de sus usuarios, mientras que en España, la Organización de Consumidores y Usuarios de España demandante es una asociación constituida en defensa de todos los derechos de los consumidores y usuarios, pero no tiene como objeto exclusivo la defensa de la protección de los datos personales de los ciudadanos.

**VIGESIMA.-** En este trabajo, hemos formulado los razonamientos jurídicos que nos permiten sostener, sintéticamente, dos evidencias: la primera, que existe un auténtico derecho a obtener una reparación económica por la vía civil cuando se produzcan daños derivados de incorrectos tratamientos de datos personales, y la segunda, que tales daños pueden tener tanto carácter contractual como extracontractual.

El daño deviene contractual, cuando exista una relación contractual entre el sujeto dañado y el ente que trató inadecuadamente sus datos personales, como es el caso, de la relación entre las redes sociales y sus usuarios, relación en la que se pueden generar daños resarcibles, debiendo acudir al régimen general de responsabilidad civil contractual

previsto en el Código civil para aplicar aquellas cuestiones no previstas en la regulación de la indemnización civil establecida en la regulación comunitaria del derecho fundamental a la protección de datos.

En cambio, tomando el ejemplo de la relación existente entre los motores de búsqueda y los sujetos dañados por su actuación, el daño también puede ser extracontractual, debiendo mencionarse exactamente la anterior previsión, es decir, la de acudir al régimen previsto en los artículos 1902 y siguientes del Código civil para la aplicación de este en todo lo no previsto en el *Reglamento General de Protección de Datos Personales* comunitario.

**VIGESIMOPRIMERA.-** No deja de sorprender la escasa atención que el Derecho privado, y en especial, el Derecho civil, viene prestando al régimen jurídico de estos nuevos derechos de la personalidad como el derecho fundamental a la protección de datos personales y los que del mismo se derivan. Es verdad que la inmensa mayoría de las normas que promulgan los órganos legislativos y reglamentarios sobre estas figuras suelen ser de carácter público, y en particular administrativo, lo que deriva en que sea la doctrina administrativista, y también la constitucional, la que venga dedicando mayores esfuerzos, cuantitativos y cualitativos, al estudio de casi todos los aspectos del derecho a la protección de datos. No por ello dejamos de estar ante un nuevo sector del llamado, y no siempre bien entendido, Derecho civil constitucional.

Sin embargo, pese a la novedad de estos derechos, su incidencia real, diaria y efectiva, en la vida privada de los ciudadanos resulta ya extraordinaria, y sigue creciendo en progresión geométrica, lo que deriva, por tanto, en la constante aparición de nuevos problemas en la aplicación de las normas existentes y no pocos conflictos sobre su interpretación en lo que se refiere a la esfera privada y personal, lo que obliga a que desde

el Derecho privado se aporten respuestas y soluciones que nada tienen que ver con el Derecho público. La magnitud de esta vertiente privada del derecho de protección de datos personales es, obviamente, directamente proporcional al número de personas que se utilice y se vea afectado por las nuevas tecnologías de comunicación e información. Solo recordando que *Facebook*, la principal red social del mundo tiene más de 2.500 millones de “usuarios activos” en el momento de redactar estas líneas (sin contar con las redes que le siguen de cerca como: *Whatsapp*, *YouTUBE*, *Instagram*, *LinkedIn*, *Twitter*, *TikTok*, *Snapchat* y *Pinterest*), y que *Google*, el principal motor de búsqueda de información en Internet, que aglutina más del 81% de las búsquedas mundiales (*Baidu*, de China, el 10,11%; *Bing* el 5,09%; *Yahoo!* el 2,04%; y *Yandex* el 0,83%, por citar solo los cinco principales), que reportan miles de millones de resultados sobre consultas cada día, ya nos podemos hacer una idea de en qué medida, y cuantas personas, la mayoría quizá sin saberlo, se ven afectados por las prácticas, no siempre lícitas, de estos gigantes proveedores de información, pero todos los afectados tienen reconocido el derecho fundamental a la protección de los datos personales, que pueden ejercitar para acotar el ámbito de la privacidad que desean reservar.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** Probablemente, nunca, hasta ahora, la aplicación de unas normas de Derecho privado a una misma actividad desarrollada por tan solo unas pocas empresas (menos de media docena), situadas en cualquier parte del mundo, había afectado directamente a varios miles de millones de personas, ni había adquirido una dimensión tan espectacular. Todo ello nos obliga a plantearnos si no va siendo hora de que el Derecho privado en España, y por ende en el mundo entero, vaya recuperando el protagonismo legislativo y doctrinal de otros tiempos. Ello se justifica, y en tal sentido el presente trabajo es solo un granito de arena, por el creciente peligro en que se sitúa la persona, el ciudadano particular, en el ámbito de su privacidad, ante los indudables



peligros en que se halla expuesto por parte de estos pocos gigantes, potenciales monstruos destructores de la privacidad, que ocultan su verdadero rostro disfrazados de modernidad y supuesta expansión de las relaciones de amistad entre los ciudadanos del mundo pero que solo buscan, lícitamente, pero a escondidas, el mayor beneficio económico a costa de los datos privados de los ciudadanos con los que comercian, casi siempre sin ser nosotros conscientes.

Las líneas que anteceden pretenden expandir el ámbito y la eficacia del Derecho privado como instrumento actual, útil y eficaz, para defenderse, por la vía civil, de tales ataques a la privacidad, muchas veces velados, mediante sofisticados sistemas de recopilación de nuestros datos personales, siendo las acciones de reclamación de responsabilidad extracontractual, contra los titulares de los motores de búsqueda y de las redes sociales, el mecanismo ideal para restituir, resarcirse y reparar los daños y perjuicios que pueden sufrir a causa de las prácticas ilícitas en el tratamiento de sus datos personales. El estudio de los perfiles de tales instrumentos aquí analizados solo habrían de servir para contribuir a un debate sobre la necesidad de depurar, doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente, el régimen jurídico-privado de la protección de los datos personales. Si hubiéramos logrado poner de manifiesto tan magnos problemas, no muy conocidos, para extender su conocimiento ante la comunidad jurídica y aportar algunas soluciones posibles, y consiguiéramos propiciar la discusión sobre el tema, cuya radical importancia se ha justificado, el presente trabajo habría dado sus frutos con creces y cumplidos los esenciales objetivos que nos propusimos al iniciarlo.

En Cáceres, a 12 de junio de 2020.

Alejandro Platero Alcón



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABERASTURI GORRIÑO, U., “El derecho a la indemnización del artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 41-42, 2013.

- “Derecho a ser olvidado en Internet y medios de comunicación digitales. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 175, 2016.

ACEDO PENCO, A., “El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX”, en la obra colectiva *Dirieitos Fundamentais Da Pessoa Humana*, coordinada por Sabaris, J.A., editorial Alteridade, Curitiba, Brasil, 2012.

- *Derecho de Consumo: Análisis jurídico-privado de la Ley General para la defensa de los consumidores de 2007*, editorial Dykinson, Madrid, 2012.

- *Teoría General de las Obligaciones*, 4ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2019.

- *Derecho de Contratos: Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, 3ª edición, editorial Dykinson, Madrid, 2019.

ACEDO PENCO, A., y PLATERO ALCÓN, A., “La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: Referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, volumen 5, número 2, 2016.

ACEDO PENCO, A. y SILVA SÁNCHEZ, A., *La obligatio en el Derecho romano. Evolución histórico-jurídica y su proyección en el Derecho civil actual*, editorial Dykinson, Madrid, 2019.

ACUÑA ROLDÁN, J.M., “La protección de datos personales y la autodeterminación informativa como respuesta desde el derecho ante el poder informático”, en *Revista Ars Iuris*, número 33, 2005.

ADSUARA VALERA, B., “Derechos de rectificación, supresión y portabilidad y de limitación y oposición”, en la obra colectiva coordinada por Rallo Lombarte, A., *Tratado de Protección de Datos: Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los Derechos Digitales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AEDO BARRENA, C.E., “La cuestión causal en la "lex Aquilia" y su solución mediante el mecanismo de la culpa”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, número 37, 2015.

AGUADO RENERO, C., “La protección de los datos personales frente al Tribunal Constitucional Español”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 23, 2010.

AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., “La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal”, en *Labor Law Issues*, volumen 2, número 1, 2016.

ALBA, A., “La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías, Internet y redes sociales”, en la obra colectiva coordinada por Cotino, L., *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, editada por el servicio de publicaciones de la Universitat de Valencia, Valencia, 2011.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, editorial Bosh, Barcelona, 1983.

- “De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas”, en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, editada por el Consejo General del Notariado, 1988.

ALEJANDRA BOTANA, G., “Crónica anunciada de un Reglamento de Protección de Datos en la Unión Europea”, en *Actualidad Civil*, número 6, Junio, 2016.

ALGARRA PRATS, E., *La responsabilidad civil por daños causados por la caída de árboles y otras cosas*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

ALGUACIL GONZÁLEZ, A., “La libertad informática: Aspectos sustantivos y competenciales (SSTC 290 y 292/2000)”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 7, 2001.

ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 2007.

ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D., *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

ALVARADO TAPIA, P., “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en España y Alemania”, en *Usat: Revista de Investigación Jurídica*, número 10, 2015.

ÁLVAREZ CARO, M., “El derecho a la supresión o al olvido”, en la obra colectiva coordinada por Piñar Mañas, J.L., *Reglamento General*, *cit.*

- “El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, editorial Dykinson, Madrid, 2011.

ÁLVAREZ HERNANDO, J., “El Reglamento Europeo y la futura Ley General de Protección de datos: Sus principales novedades”, en *Revista Aranzadi Digital*, número 1, 2017.

ÁLVAREZ OLALLA, M.P., *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

ANACORETA CORREIA, J. P., “Proteção de dados pessoais e inteligência artificial”, en la obra colectiva coordinada por Castro Marqués, E., *Digital work and personal data protection: Key issues for the labour of the 21st century*, editorial Cambridge Scholars Publishing, 2018.

ANAHIBY BECERRIL, “El valor de nuestros datos personales en la era Big Data e IoT”, en la obra colectiva coordinada por Munive Cortés, E., González Pulido, I., Muñoz Sánchez, L., y Bueno de Mata, F., *Hacia una Justicia 2.0: Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, editorial Ratio Legis, 2016.

ANDRÉS MELCHIORI, F., “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XLVII, 2016.

ANDREU MARTÍNEZ, B., MAGNOLIA PARDO LÓPEZ, M., y ALARCÓN SEVILLA, V., “Hacia un nuevo uso de los datos de salud”, en *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, número 3, volumen 1, 2017.

ANGULO GARZARO, A., “El derecho al olvido en los motores de búsqueda y en las redes sociales a la luz de la nueva normativa de protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 4780, 2019.

APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.

APARICIO TOVAR, J., “Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1, 1994.

APARICIO VAQUERO, J.P., “El régimen mortis causa de los datos personales y de los contenidos de los usuarios de redes sociales y otros servicios de la sociedad de la información”, en la obra colectiva coordinada por el Batuecas Caletrió, A., *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, editorial Comares, Granada, 2018.

APONTE NUÑEZ, J., “La importancia de la protección de datos personales en las relaciones comerciales”, en *Revista de Derecho Privado*, número 13, 2007.

ARELLANO TOLEDO, W., “Privacidad e Internet de las Cosas”, en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, volumen 2, número 6, 2017.

ARENAS RAMIRO, M., “La protección de datos personales en los países de la unión europea”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 16, 2008.

ARIAS POU, M., y RECIO GAYO, M., “Derechos de los interesados en el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, número 4, 2016.

ARROYO YANES, L.M., “El derecho a la autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio)”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 16, 1993.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil. Daños sufridos por un trabajador al no verificarse un traslado en el que se había hecho confiar”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, número 17, 1988.

- *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, edita la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

- “Comentario al Artículo 1101 del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *et al*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2013.

AUSLOOS, J., “The right to be forgotten, a Worth remembering?”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 28, 2012.

AZURMENDI, A., “Por un derecho al olvido para los europeos: Aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso *Google Spain* y su recepción por la sentencia de la audiencia nacional española de 29 de diciembre de 2014”, en *Revista de Derecho Político*, número 92, enero-abril, 2015.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, editada por el Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 8, número 24, 1988.

BARRERA RODRÍGUEZ, S., “Privacidad en internet y condiciones de uso en *Google, Facebook y Whatsapp*”, en *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, número 4, volumen 2, 2015.

BARRIOS ANDRÉS, M., *Derecho de los robots*, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

BARRIUSO RUIZ, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2009.

BARROS BOURIE, E., “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en la obra colectiva coordinada por el mismo autor, *Derecho de Daños*, editada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

BARTOLINI, C., SIRY, L., “The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject”, en *Computer Law & Security Review*, número 32, 2016.

BATTELLE, J., *Buscar, como Google y sus rivales han revolucionado los mercados y transformado nuestra cultura*, editorial Urano, Barcelona, 2006.

BATUECAS CALETRÍO, A., “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”, en la obra colectiva coordinada por Aparicio Vaquero, J.P., Batuecas Caletrió, A., *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, editorial Comares, Granada, 2015.

- “Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización”, en *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 29, 2015.

BELTRÁN CASTELLANOS, J.M., “Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales”, en *Cuadernos Electrónico de Estudios Jurídicos*, número 2, 2014.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P., “El buen padre de familia”, en la obra colectiva coordinada por Alonso Pérez, M., *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, editada por la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

BELUCHE RINCÓN, I., “La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 25, 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de autor. Contrato de edición. Defraudación de la propiedad intelectual. Doctrina de los actos propios. Responsabilidad contractual y extracontractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 3, 1983.

- “Derecho al Olvido”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10, 2018.

BERDAGUER MOSCA, J., “La imagen como dato personal”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, número 6, 2018.

BERENGUER ALBALADEJO, C., La regulación de los sistemas de *common law*, de la cuestión puede encontrarse en la obra de “Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros. Especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del Common Law”, en *Revista de Derecho Privado*, número 97, 2013.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “El derecho de supresión de datos o derecho al olvido en el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, 2017.

BERROCAL LANZAROT, A.I., *El derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, editorial Reus, Madrid, 2017.

BIURRUM ABAD, F.J., “Accountability o responsabilidad activa en el Reglamento General de Protección de Datos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 927, 2017.

BLASI CASAGRAN, C., “Nuevo régimen jurídico para la transferencia de datos entre la UE y los Estados Unidos ¿Es compatible con la normativa europea de protección de datos?”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 42, 2017.

BODE, L., y, META JONES, L., “Do Americans Want a Right to be Forgotten? Estimating Public Support for Digital Erasure Legislation”, en *Policy and Internet*, volumen 10, número 3, 2018.

BOTANA GARCÍA, G.A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el caso Google”, en *Práctica de Daños*, número 120, 2014.

BRITO IZQUIERDO, N., “Tratamiento de los datos personales de menores de edad: supuestos, límites, retos y desafíos”, en *Revista La Ley Derecho de familia*, número 14, 2017.

- “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018.

BROTOS MOLINA, O., “Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12”, en *Revista de Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 33, 2013.

BRU CUADRADA, E., “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007.

BUISAN GARCÍA, N., “El derecho de supresión en el nuevo reglamento europeo de protección de datos personales”, en *Revista Actualidad Administrativa*, número 7, 2018.

BUOCZA, T., EHRKE-RABEL, T., HÖDL, E., y EISENBERGER, I., “Bitcoin and the GDPR: Allocating responsibility in distributed network”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 35, número 2, 2019.

BUSTO LAGO, J.M., “Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil ex delicto. Antijuricidad Efectos de las causas de exclusión de la antijuricidad en la responsabilidad civil extracontractual. Legítima defensa”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 42, 1996.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., “La noción de consumidor en Internet: El asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 11, número 1, 2019.

CABACHO LÓPEZ, A., y BURGUERA AMEAVE, L., “Responsabilidad de los webmaster y derecho al olvido digital”, en la obra colectiva coordinada por Valero Torrijos, J., *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas, y respuestas desde la perspectiva jurídica*, editorial Aranzadi, 2013.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “El derecho a ser informado como elemento esencial del derecho a la protección de datos. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de su cambio de doctrina en la STC 39/2016”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 106, 2016.

CALABRESI, G., *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Madrid, editorial Ariel, 1984.

CALLEWAERT, J., “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, en *Journal Européen des droits del homme*, número 32, 2014.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos internacionales de consumo”, en la obra colectiva coordinada por los citados autores, *Derecho Internacional Privado*, volumen II, editorial Comares, Granada, 2018.

CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 3, número 1, 2011.



CAMPUZANO TOMÉ, H., Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2014. Responsabilidad del titular de velar por la calidad de los datos y de cancelar o rectificar de oficio los que le conste que sean no pertinentes, inexactos o incompletos. Insuficiencia del mero traslado de la solicitud al acreedor; responsabilidad de la empresa titular del fichero de morosos, procedencia, falta de respuesta al legítimo derecho de cancelación del interesado. Justificación razonable por el perjudicado de la impertinencia del dato registrado”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 97, 2015.

CANTO MONIZ, G., “Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law. The end of the linguistic conundrum of Article 3(2) of the GDPR”, en *UNIO-EU Law Journal*, volumen 4, número 2, 2018.

CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento del crédito*, edita la fundación universitaria de Jerez, Cadiz, 1989.

CARAVA, E., “Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten”, en *Eur. Data Prot. L. Rev.*, número 3, 2017.

CÁRDENAS GALLARGHER, D. A., “Análisis del proceso sancionatorio de la agencia española de protección de datos contra Facebook Inc. (Resolución R/01870/2017), bajo la óptica de la normativa colombiana acerca de la protección de datos personales”, en *Universitas Estudiantes*, número 17, 2018.

CARDONA RUBERT, M.B., “Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición”, en la obra colectiva coordinada por Martínez Martínez, R., *Protección de datos: comentarios a la LOPD y su reglamento de desarrollo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CARMENATI GONZÁLEZ, M., MARC BAYÉS, D., “Comunicación de la privacidad en red: una aproximación para el análisis de políticas de Google y Facebook”, en *Index.comunicación: Revista científica de comunicación aplicada de la Universidad Rey Juan Carlos*, número 3, volumen 7, 2017.

CARMONA CONTRERAS, A., *Construyendo un estándar europeo de Derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101 CC” , en la obra *colectiva Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, coordinada por Albaladejo García, M., et al, editorial Edersa, Madrid, 2004.

- “Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2006.

CARRASCOSA LÓPEZ, V., y JAUME BENNASAR, A., “El derecho al olvido y la legitimación pasiva del responsable del tratamiento. El criterio del Tribunal Supremo”, en la obra colectiva coordinada por González Pulido, I., *Hacia una justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, editorial Ratio Legis, Salamanca, 2016.

CARRIZO AGUADO, D., “La relación de causalidad como indicio justificativo de la actividad dirigida en el contrato internacional de consumo: Análisis del foro de protección de la parte débil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, número 1, 2016.

CASAS PLANES, M.D., “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores. Estudio comparativo de su criterio de imputación”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 61, número 1, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, tomo 4, editorial Reus, Madrid, 1993..

CASTELLANOS RUIZ, M.J., “El foro de consumidores: Comentarios a la sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9, número 2, 2017.

CASTELLÓ PASTOR, J.J., *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2016.

CASTELLS ARTECHE, J.M., “Derecho a la privacidad y procesos informáticos: Análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre (LORTAD)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 39, 1994.

CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, editorial Dykinson, Madrid, 2000.

CASTILLO DE LA TORRE, F., y NEMECKOVA, P., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 56, 2017.

CASTILLO JIMÉNEZ, C., “Estudio comparativo de la norma 10/91, de protección de datos personales informatizados, portuguesa y la ley orgánica 5/92 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), española”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* número 5, 1994.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad civil; relación de causalidad”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 17, 1988.

CERDA SILVA, A., “El nivel adecuado de protección para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXVI, 2011.

CHICHARRO LÁZARO, A., “El nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos para la transferencia de datos personales compartidos en redes sociales”, en la obra colectiva coordinada por Herrero Gutiérrez, F.J., *Del Verbo al bit*, editada por la Sociedad Latina de Comunicación Social, Madrid, 2017.

CHUNGA, A., ANDREEVA, P., BENYOUCEF, M., DUANE, A., y O'REILLY, P., “Managing and organisation's social medial presence: An empirical stages of growt model”, en *International Journal of Information Management*, volumen 37, número 1, 2017.

CLARIANA GARZÓN, G., “La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa”, en *Revista de Instituciones Europeas*, volumen 8, número 1, 1981.

CLASSEN, C.D., “Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, Österreichischer Rundfunk”, en *Common market law review*, volumen 41, número 5, 2004.

COBACHO LÓPEZ, Á., “Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 104, 2019.

COBAS COBIELLA, M. E., “Protección post mortem del derecho al honor”, en la obra colectiva coordinada por De Verda Beamonte, J.R., *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad civil y otras cuestiones*, editorial Aranzadi, 2015.

- “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, en *Revista Actualidad Civil*, número 1, 2017.

COLANGELO, G., y MAGGIOLINO, M.T., “Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?”, en *World Competition Law and Economics Review*, volumen 42, número 3, 2019.

COLINA GAREA, R., *La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales (un análisis desde la interpretación jurisprudencial del art. 1905 CC)*, editorial Reus, Madrid, 2014.

COLOMINAS GUTIÉRREZ, D., “Schrems v Facebook: The Consumer Definition in the Framework of Digital Social Networks”, en *European Data Protection Law Review*, volumen 4, 2018.

COMELLA DORDA, R., “El derecho a la autodeterminación informativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 72, 1991.

CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P., “El concepto de dato personal en la Unión Europea: Una pieza clave en su protección”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 46, 2018.

CONDE ORTIZ, C., *El derecho a la protección de datos personales: Un nuevo derecho autónomo sobre la base de los conceptos de intimidad y privacidad*, editorial Dykinson, Madrid, 2005.

COOLEY, T., *A treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise independent of contract*, editorial Callaghan, Chicago, 1888.

COONLEY, C., “The right to delete”, en *AAII Spring Symposium*, 2010, página 54.

CORBETT, S., “The retention of personal information online: A call for international regulation or privacy law”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 29, 2013.

CORBINO, A., *Il danno qualificato e la “lex Aquilia”*, editorial Cedam, Milan, 2005.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D., “Los retos de la protección de dato en internet: Caso Google Spain y derecho al olvido”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 21, 2017.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”, en *Revista Cuadernos y Debates: El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, número 248, 2016.

CORRAL TALCIANI, H., “El Derecho al olvido en Internet: Antecedentes y bases para su configuración jurídica”, en *Revista Jurídica Digital UANDES*, número 1, 2017.

CORRIGAN JAY, R., ALHABASH, S., ROUSU, M., y CASH, S., “How much is social media worth? Estimating the value of Facebook by paying users to stop using it”, en *Revista PLoS ONE*, volumen 13, número 12, 2018.

CORTÉS FERNÁNDEZ, B., y DE AGUIRRE MIRAL, J.M., “De nuevo sobre el derecho al olvido de internet. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 (210/2016)”, en la obra colectiva coordinada por Yzquierdo Tolsada, M., *Comentarios a la sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, editada por Dykinson, Madrid, volumen 8, 2016.

COUDRAY, L., “Case C-101/01, Bodil Lindqvist”, en *Common market law review*, volumen 41, número 5, 2004.

CRISTOBAL MONTES, Á., *El incumplimiento de las obligaciones*, editorial Tecnos, Madrid, 1989.

- *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1985.

CROSS, C., PARKER, M., y SANSOM, D., “Media discourses surrounding ‘non-ideal’ victims: The case of the Ashley Madison data breach”, en *International Review of Victimology*, volumen 25, número 4, 2018.

CROVI, L.D., “Los daños ocasionados por el uso indebido de datos personales en internet”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, número 11, 2008.

CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, número 25, 1989.

CUBERO MARCOS, J., y ABERASTURI GORRIÑO, U., “Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: Especial referencia a la Ley 25/2007 sobre conservación de datos”, en *Revista Española de Protección de datos*, número 83, 2008.

CUEVAS ROQUE, E., “La transparencia en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos”, en *Revista Anales de la Real Academia de Doctores*, volumen 3, número 1, 2018.

DA COSTA CARBALLO, C.M., *Fundamentos de la Tecnología documental*, editado por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

DADER, J.L., “La privacidad como excusa para restringir la información de interés público”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, número 15, 2012.

DALY, A., “The introduction of data breach notification legislation in Australia: A comparative view”, en *Computer Law and Security Review*, número 34, 2018.

DARANAS, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del censo de la población”, en *Documentación Administrativa*, número 198, 1983.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *La protección de datos en Europa: Principios, derechos y procedimiento*, edita la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

- *Manual de Derecho Informático*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

- “El derecho al olvido en Internet”, en *Diario La Ley*, número 8, 2013.

- “Medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”, en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, número 9, 2015.

DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, R., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (artículos 99 a 247), editorial Comares, Granada, 2003.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Comentario al artículo 1902 del Código civil”, en la obra colectiva coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, tomo 9º, 2º edición, editorial Bosch, Barcelona, 2006.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación”, en la obra colectiva coordinada por Sierra Gil de la Cuesta, I., *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Bosch, Barcelona, 2008.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, edita la Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, editorial Cívitas, Madrid, 1993.

DE ASENSIO, P.M., “El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia”, en *La Ley Unión Europea*, número 17, 2014.

DE BAETS, A., “A historian's view on the right to be forgotten”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, volumen 30, 2015.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 14, número 2, 1961.

DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, editorial Aranzadi, Madrid, 2005.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TCJE”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 7, 2004.

- “La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google”, en *Diario La Ley*, número 8773, mayo, 2016.

- “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos en la Unión Europea”, en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen 69, número 1, 2017.

- " Demandas frentes a redes sociales por daños en materia de datos personales: Precisiones sobre competencia judicial”, en la *Ley Unión Europea*, número 56, 2018.

- “Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17”, en *La Ley Unión Europea*, número 67, 2019.

DE REGLERO CAMPOS, L.F., “Responsabilidad civil contractual. Accidente de circulación. Responsabilidad objetiva. Caso fortuito y fuerza mayor”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, número 21, 1989.

DE TERWANGNE, C., “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 13, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo *in contrahendo*”, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, número 16, 2006.

DEBATIN, B., LOVEJOY, J.P., HORN, A.K., y HUGHES, B.N., “Facebook and Online Privacy: Attitudes, Behaviors, and Unintended Consequences”, en *Journal of Computer-Mediated Communication*, volumen 15, número 1, 2012.

DEL OLMO GARCÍA, P., “Artículo 1906. Responsabilidad del propietario de heredad de caza”, en la obra colectiva coordinada por Cañizares Laso, A., *Código civil comentado*, editorial Aranzadi, Pamplona, volumen 4, 2011.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCAN, M.A., “SENTENCIA de 5 de marzo de 2010: Nulidad del contrato por dolo negativo e indemnización del interés contractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 86, 2011.

DENNINGER, E., “El derecho a la autodeterminación informativa”, en la obra colectiva coordinada por Pérez Luño, A.E., *Problemas actuales de la documentación y de la informática jurídica*, editorial Tecnos, Madrid, 1987.

DESIMONE DASERO, L.L., “Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros de morosos”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, número 3, 2017.

DI PIZZO CHIACCHIO, A., “Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso "Google Spain". La interpretación de la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en la implementación del derecho al olvido digital”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, volumen 115, 2018, número 4.

DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1303 CC”, en la obra colectiva coordinada por Albaladejo García, M., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, editorial Edersa, Madrid, 1989.

DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, en *Revista Anuario de Derecho Civil*, volumen 40, número 3, 1987.

- *Robots y responsabilidad civil*, editorial Reus, Madrid, 2018.

DÍAZ BUCK, A., “La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales”, en *Revista Derecom*, número 13, 2013.

DÍAZ GANDASEGUI, V., “Mitos y realidades de las redes sociales”, en *Revista Prisma Social*, número 6, 2011.

DÍAZ LINDAO, I., “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, número 23, 2012.

DÍAZ, J., “Redes sociales: Incumplimiento sistemático de los controles técnicos versus vulneración reiterada de los derechos del menor”, en *Diario La Ley*, número 9326, 2018.

DÍEZ BALLESTEROS, J.A., “Derecho al olvido digital: condena a Google a la eliminación de una noticia sobre la vida privada de una persona de sus motores de búsqueda dada su falta de veracidad e inexactitud”, en *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, número 4, 2019.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 5ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1996.

- *Derecho de daños*, 1ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1999.

- “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la facultad de derecho de la universidad autónoma de Madrid*, número 4, 2000, página 164.

- “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 54, número 3, 2001.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, editorial Civitas, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 9ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2001, páginas 543 y 544.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio de los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: Análisis de sus fronteras”, en la obra colectiva coordinada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, edita la Universidad de Murcia, 2011.

DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., “Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, volumen 11, número 32, 2016.

DOPAZO FRAGUÍO, M.P., “El derecho a la protección de datos y delimitación del derecho al olvido en la UE”, en *Revista Universitaria Europea*, número 30, 2019.

DORAL, J.A., y PASQUAU LIAÑO, M., “Unidad y pluralidad en el Derecho Civil”, en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 22, 1982.

DRESNER, S.H., “Panorama de la legislación europea sobre protección de datos personales”, en *REVISTA INFORMÁTICA Y DERECHO*, número 7, 1994.

DUMORTIER, F., “Facebook y los riesgos de descontextualización de la información”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 9, 2009.

DUNCAN WATTS, J., *Six Degrees: The Science of a Connected Age*, editorial Norton, New York, 2004.

DURÁN SEGURA, M., y MEJÍAS PELIGRO, J.F., “Conocimientos y comportamientos de los usuarios de la red social Facebook relacionados con la privacidad”, en *Ambitos: Revista internacional de comunicación*, número 26, 2014.

ELDUAYEN IBÁÑEZ, M., “El TS reconoce el derecho al olvido frente a noticias sustancialmente erróneas o inexactas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 6, 2019.

ELGUERO MERINO, J.M., “Prescripción de la RC contractual: de 15 a 5 años”, en *Boletín responsabilidad contractual y seguros*, número 2, 2015.

ESCOBAR ROCA, G., “Derecho al olvido en hemeroteca digital”, en *Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*, número 2, 2016.

ESKENS, S., “A right to reset your user profile and more: GDPR-rights for personalized news consumers”, en *Internatonal Data Privacy Law*, volumen 0, número 0, 2019.

FALCÓN Y TELLA, F., “El principio de seguridad y el derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, volumen 10, 2009.

FALLA, A., y PIZARRO, L., *El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores*, en *Revista Themis*, número 20, 1991.

FAYOS GARDÓ, A., *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, editorial Dykinson, Madrid, 2015.

FAYOS GAYARDO, A., y CONDE COLMENERO, P., *Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, editorial Dykinson, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P., “La obligación de cifrado de la información en el Reglamento Europeo de Protección de Datos”, en *Diario la Ley*, número 1091, 2017.

FERNÁNDEZ CONTE, J., y LEÓN BURGOS, D., “Antecedente y proceso de reforma sobre protección de datos en la Unión Europea”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*

FERNÁNDEZ CRUZ, G., “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. La óptica sistémica”, en *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, número 22, 2001.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., “Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 13, 1962.

FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, P., “El derecho al olvido”, en *Cuadernos de Derecho Actual*, número 9, 2018.



FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., “Ley catalana sobre voluntades digitales en caso de fallecimiento o incapacidad”, en *Actualidad Civil*, número 7, 2017.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FERNÁNDEZ-SARAMIEGO, J., y PIÑAR GUZMÁN, B., “Las acciones colectivas en el marco del RGPD: Una perspectiva desde el Derecho Civil español”, en *Diario La Ley*, número 26, 2019.

FLEMING, J.G., *The law of Torts*, editorial LBC information Services, Sidney, 1998.

FONSECA MORILLO, F. J., “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en la obra colectiva coordinada por Matia Portilla, F.J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

FOSCH VILLARONGA, E., KIESEBERG, P., y TIFFANY, L., “Humans forget, machines remember: Artificial intelligence ant the right to be forgotten”, en *Computer Law and security review*, número 34, 2018.

FROSSINI, V., “Banco de datos y Tutela de la persona”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 30, 1982.

GARCÍA AGUILAR, N., “Origen y significado del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”, en *Revista internauta de práctica jurídica*, número 2, 1990.

GARCIA CALVO, M., “Consideraciones sobre el abuso del derecho”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, número 1015.

GARCÍA GARNICA, M.C., “La protección de los datos personales frente a su tratamiento "on line" por motores de búsqueda: El derecho al olvido digital”, en la obra *colectiva Retos jurídicos por la sociedad digital*, coordinada por Valls Prieto, J., editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

GARCIA GIL, F.J., *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*, editorial Dilex, Madrid, 2010.

GARCÍA MACHO, R.J., “Derecho de acceso a la información y protección de datos en la sociedad de la información”, en la obra colectiva coordinada por Agirreazkuenaga Zigorraga, I., *Derechos fundamentales y otros estudios: En homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, editorial Justicia de Aragón, 2008.

GARCÍA MEXÍA, P., “La singular naturaleza jurídica del reglamento general de protección de datos de la UE. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*

GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, editorial Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA SANZ, R.M., “Redes sociales online: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados. Aplicación de las Directivas de protección de datos y

privacidad en las comunicaciones electrónicas”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 81, 2011.

GARCIA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, número XLVI, 1962.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad: (un estudio de responsabilidad extracontractual en los códigos penal y civil)*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, editorial Dykinson, Madrid, 2016.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario de STS de 14 de enero de 2014. Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y iura novit curia. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios”, en la obra colectiva coordinada por Yzquierdo Tolsada, M., *Comentario a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, tomo 6, editorial Dykinson, Madrid, 2016.

GAYO SANTA CECILIA, M.E., “Garantías del ciudadano ante la LORTAD: Posibles vías de defensa y protección de sus Derechos fundamentales”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 4, 1994.

GELLERT, R.M., “Understanding data protection as risk regulation”, en *Journal of International Law*, volumen 18, número 3, 2015.

GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código Civil*, tomo 6º, 2º edición, editorial Bosch, Barcelona, 2006.

GIL GONZÁLEZ, E., Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?, en *Diario La Ley*, número 9050, 2017.

GIL GONZÁLEZ, E., y DE HERT, P., “Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data—an analysis of GDPR provisions and principles”, en *Journal of the Academy of European Law*, volumen 19, número 4, 2019.

GIL MEMBRADO, C., “Investigación biomédica y datos personales. Una visión crítica del nuevo régimen jurídico”, en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018.

GIMENO RUIZ, Á., “Derechos de la personalidad e Internet”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 1, número 4, 2014.

GÓMEZ CALLE, E., “La responsabilidad civil del menor”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 7, 1995.

- “Los sujetos de responsabilidad civil”, en la obra colectiva coordinada por Reglero Campos, F., y Busto Lago, J.M., *Tratado de Responsabilidad civil*, tomo 1, editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.I, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

- “SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2008: Responsabilidad extracontractual por los daños que causó la explosión de la vivienda en que se empleó un plaguicida. Responsabilidad civil del fabricante por producto defectuoso. Responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. Responsabilidad de la Administración pública”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, número 82, 2010.

GÓMEZ POMAR, F., “El daño moral”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 1, 2000.

- “European Contract Law and Economic Welfare. A view from Law and Economics”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 1, 2007.

GÓMEZ POMAR, F., y PASTOR PRIETO, S., “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: análisis económico del derecho”, en *Revista Anuario de Derecho Civil*, volumen 43, número 2, 1990.

GÓMEZ SANTOS, M., “Del puerto seguro al "privacy shield" las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen”, en la obra colectiva coordinada por Sosa Olán, H., *Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial*, editorial Ratio Legis, Madrid, 2017.

GÓMEZ, E., “Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e Internet”, en la obra colectiva coordinada por Cotino, L., *Libertades de expresión*, *cit.*, 2011.

GÓMEZ-REINO, E.,” La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, en *Revista de la Facultad de Derecho*, volumen 22 número 175-193, 2013.

GONZÁLEZ ALONSO, L., “Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las Directivas (Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de Diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 1, número 2, 1998.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M., *La Sociedad de la información en Europa*, editorial Reus, Madrid, 2018.

GONZÁLEZ FUSTER, G., *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*, editorial Springer, Bruselas, 2015.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: Barreras entre ambas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, volumen XLVI, 2013.

GONZÁLEZ MURUA, A.R., “Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la Protección de Datos Personales”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 7, 1995.

GONZÁLEZ TAPIA, M.L., “España: Los derechos del interesado en la normativa española de protección de datos”, en *Revista de Derecho informático*, número 106, 2007.

- “Violaciones de seguridad en el Reglamento de Protección de datos”, en *Diario la Ley*, número 14344, 2017.

- “Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018”, en *Diario La Ley*, número 9328, 2018.

GONZÁLEZ-ORÚS, J.M., “La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las Directivas: Aplicación al caso español”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 3, número 6, 1999.

GONZALO DOMENECH, J.J., “La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE”, en *Revista Lex Mercatoria*, número 6, 2017.

- “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, en *Diario La Ley*, número 9157, 2018.

- “El régimen de corresponsabilidad en el tratamiento en una red social y el régimen de competencia de una autoridad de control: Comentario a la STJUE de 5 de junio de 2018”, en *Diario La Ley*, número 9258, 2018.

GRIMALT SERVERA, P., “La responsabilidad civil del responsable del fichero en la directiva europea sobre datos personales”, en *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos de Informática*, número 141, 1999.

- *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, editorial Comares, Granada, 1999.

GUASCH PORTAS, V., y SOLER FUENSANTA, J., “El derecho al olvido en Internet”, en *Revista de Derecho de la UNED*, número 16, 2015.

GUERRERO PICÓ, C., “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 4, 2005.

GUICHOT, E., “Transparencia versus protección de datos”, en *Revista de Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*, 2012.

- “El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español”, en *Revista de Administración pública*, número 209, 2019.

GUILLÉN NAVARRO, A., “El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: El avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, número 9, 2018.

HASLACH, J., “International jurisdiction in consumer contract cases under the Brussels I Regulation: Schrems”, en *Common Market Law Review*, volumen 2, número 56, 2019.

HEREDERO HIGUERAS, M., “La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población”, en *Documentación Administrativa*, número 198, 1983.

HEREDERO, M., *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1976.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2013.

HERNÁNDEZ RAMOS, M., “El derecho al olvido digital en la web 2.0”, en *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, número 11, 2013.

- “Motores de búsqueda y derechos fundamentales en internet. Comentario a la STJUE, GOOGLE C-131/12, de 13 de mayo de 2014”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 34, 2014.

- “Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la Decisión Puerto Seguro”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 39, 2016.

HERRÁNZ ORTIZ, A.I., *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, editorial Dykinson, Madrid, 1998.

- “Aproximación al Derecho a la protección de datos personales en Europa. El Reglamento General de Protección de Datos a debate”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, número 8, 2016.

- “La responsabilidad civil en el tratamiento de datos de carácter personal en el derecho español. A propósito del derecho a indemnización del artículo 19 de la LOPD”, en la obra colectiva coordinada por Prats Albentosa, L., *Culpa y Responsabilidad*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.

HILDEBRANDT, M., Esclavos de los macrodatos, ¿O no?, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 17, 2013.

HON, W.K., HÖRNLE, J.Y., y MILLARD, C., “Dara protection jurisdiction and cloud computing- When are clouds users and providers subjctcs to EU Data Protection Law, Part 3”, en *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, número 84, 2011.

HOY, M.G., y MILNE, G., “Gener differences in privacy-related measures for young adult *Facebook* users *Journal of Interactive Adversiting*”, en *Journal of Interactive Adversiting*, número 10, volumen 2, 2010.

HUETE NOGUERAS, J., “Comentarios en torno al origen de las redes sociales y algunos aspectos del tratamiento de los datos de carácter personal aportados por las mismas”, en *Revista Otrosí*, número 4, 2010.

IGARTUA ARREGUI, F., “El daño moral contractual”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 5, 1984.

IHERING, *Études complémentaires de l'esprit de Droit romain. De la faute en Droit Privé*, Paris, 1880.

INFANTE RUIZ, F.J., *La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y "causas hipotéticas"*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ITURRASPE MOSSET, J., "Introducción a la Responsabilidad Civil. Las tres concepciones", en la obra colectiva *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

JANAKIRAMAN, R., HO LIM, J., y, RISHIKA, R., "The Effect of a Data Breach Announcement on Customer Behavior: Evidence from a Multichannel Retailer", en *Journal of Marketing*, volumen 82, 2018.

JAYARAM, J., MANRAI, K., y MANRAI, S., "Effective use of marketing technology in Eastern Europe: Web analytics, social media, customer analytics, digital campaigns and mobile applications", en *Journal of economics, finance and Administrative science*, volumen 20, número 39, 2015.

JIMENA QUESADA, L., "La consagración de los derecho fundamentales: De principios generales a texto fundacional de la Unión Europea", en *Cuadernos europeos de Deusto*, número 50, 2009.

JIMÉNEZ BOLAÑOS, J., "Caso fortuito y fuerza mayor: Diferencia conceptual", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 10, 2010.

JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTERO, I., *El Derecho al olvido digital del pasado penal*, Tesis doctoral dirigida por CARRASCO DURÁN, M., depositada en la Universidad de Sevilla, 2018.

JODAR MARÍN, J. A., "La era digital: Nuevos medios, nuevos usuarios y nuevos profesionales", en *Revista Razón y Palabra. Revista electrónica en América Latina especializada en comunicación*, número 71, 2010.

JORDANO FRAGA, F., "Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual", en *Revista de Derecho Mercantil*, número 174, 1984.

KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, editorial Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011.

KOOPS, B.J., "Forgetting footprints, shunning shadowos. A critical analysis of the right to be forgotten in big data practice", en *Scripted*, volumen 8, número 3, 2011.

KUNER, C., "The court of justice of the EU judgement on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges", en la obra colectiva coordinada por Hess, B., *Protecting Privacy in International and Procedural Law and by Data Protection*, editada por Ashgate-Nomos, Badenbaden, 2015.

KUNER, C., "The European Union and the Search for an International Data Protection Framework", en *Groningen Journal of International Law*, volumen 2, número 1, 2015.

KYSELOVSKÁ, T., “A Critical Perspective on the Development of Internet Related Case Law for Online Consumer Contracts in the EU”, en la obra colectiva coordinada por Melecký, E., *Proceedings of the 4th International Conference on European Integration*, editada por la Technical University of Ostrava, Ostrava, 2018.

LAMBEA RUEDA, A., “Entorno digital, robótica y menores de edad”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 4, número 4, 2018.

LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., “Cómo transferir datos personales a EEUUefectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre "puerto seguro" ("safe harbor")”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, número 76, 2015.

LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, volumen 1, 1958, página 193.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios II. Derecho de Obligaciones*, 23ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2019.

- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, editorial Dykinson, 11ª edición, Madrid, 2019.

- *Principios de Derecho Civil III. Derecho de Contratos*, 21ª edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 2019.

- *Principios de Derecho Civil VII. Derecho de Sucesiones*, editorial Marcial Pons, Madrid, 14ª edición, 2019.

- *Principios de Derecho Civil III. Derecho de Contratos*, editorial Marcial Pons, 21ª edición, Madrid, 2019.

LAWSON, H. F., *Negligence in the civil Law*, editorial Clarendon Press, Oxford, 1950.

LEIVA FERNÁNDEZ, L., “La responsabilidad postcontractual (un caso de ultractividad del contrato)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 2016.

LETA JONES, M., *Contrl + Z. The right to be forgotten*, editado por la New York University, New York, 2016.

LETURIA, F., “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 43, número 1, 2016.

LINDROOS-HOVINHEIMO, S., “Legal Subjectivity and the ‘Right to be Forgotten’: A Rancie`rean Analysis of Google”, en *Law Critique*, volumen 27, octubre, 2016.

- “Who controls our data? The legal reasoning of the European Court of Justice in Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein and Tietosuojavaltuutettu v Jehovan todistajat”, en *Information & Communications Technology Law*, volumen 28, número 2, 2019.

LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, editorial Trivium, Madrid, 1998.

- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor entre la "aestimatio rei" y el "id quod interest"*, editorial Trivium, Madrid, 1999.

LLEIXÀ ALSINA, A., "La economía colaborativa y el nuevo reglamento. Y mis datos, ¿qué?", en *Diario La Ley*, número 10, 2017.

LÓPEZ AGUILAR, J.F., "La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: Los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EUUU", en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 39, 2017.

LÓPEZ AYÓN, S., y MUÑOZ DE ALBA, M., "El acceso a la información como un derecho fundamental", en *Cuaderno de Transparencia*, número 4, 2016.

LÓPEZ CALVO, J., "Las crecientes exigencias del consentimiento y el control institucional del clausulado en la protección de datos", en *Diario La Ley*, número 10, Sección Ciberderecho, 2017.

- "Últimas resoluciones judiciales sobre el derecho al olvido. Sobre la inalterabilidad de las hemerotecas digitales", en *Diario La Ley*, número 9257, 2018.

LÓPEZ ESCUDERO, M., "Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial", en la obra colectiva coordinada por Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editado por la Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

LÓPEZ GARCÍA, M., "Derecho a la información y Derecho al olvido en Internet", en *La Ley Unión Europea*, número 17, 2014.

LÓPEZ GARRIDO, D., "Aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", en *Revista de Derecho Político*, número 38, 1993.

LÓPEZ ROMÁN, E., y MORA, J., "Un análisis de la estructura institucional de protección de datos en España", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, número 2, 2009.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, editorial Dykinson, Madrid, 2001.

LÓPEZ TARRUELLA-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", en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen 69, número 2, 2017.

LÓPEZ TORRES J., "Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales", en *Journal of international law*, volumen 5, número 2, 2014.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., "La ley de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 6, 1994.

LOUTAYF RANEA, R., "Inicio del curso del plazo de prescripción en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual", en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, número 8, 2013.



LUTZI, T., “What’s a consumer? (Some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volumen 25, número 3, 2018.

MAGRO SERVET, V., “Los daños causados por la infracción del derecho al olvido digital”, en *Diario la Ley*, número 1362, 2019.

MAHIEU, R., VAN HOBOKEN, J., y ASGHARI, J., “Responsibility for Data Protection in a Networked World: On the Question of the Controller, Effective and Complete Protection and Its Application to Data Access Rights in Europe”, en *Journal Intell. Prop. Info. Tech. & Elec*, número 10, 2019.

MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, editada por la Fundación BBVA, Madrid, 2008.

MANTELERO, A., “The EU proposal for a general data protection regulation and the roots of the “right to be forgotten”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 29, número 3, 2018.

MANZANERO JIMÉNEZ, L., y PÉREZ GARCÍA-FERREIRA, J., “Sobre el derecho al olvido digital: Una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 32, 2015.

MARCUS, D., “The data breach dilemma: proactive solutions for protecting consumers’ personal information”, en *Duke Law Journal*, volumen 68, 2019.

MARTIN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en la obra colectiva *Centenario del Código civil (1889-1989)*, editada por el Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, Vol. 2, 1990.

MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIÚ, J., “El daño moral”, en la obra colectiva coordinada por Cámara Lapuente, S., *Derecho Privado Europeo*, editorial COLEX, Madrid, 2003.

- “Comentario a los artículos 1902 a 1910 CC”, en la obra colectiva coordinada por Domínguez Luelmo, A., *Comentario al Código civil*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.

MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., “Qui suo iure utitur neminem laedit”, en la obra colectiva coordinada por Reinoso Barbero, F., *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.

MARTÍN MIRALLES LÓPEZ, R., “Seguridad de la información y protección de datos personales. Título II. Protección de datos personales. Artículo 5”, en la obra *colectiva Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, coordinada por Troncoso Reigada, A., editorial Cívitas, Madrid, 2010.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P., y LIÑAN NOGUERAS, D., “La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2000 y 2001”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 6, 2002.

MARTÍNEZ BECERRIL, R., y SALGADO PERRILLIAT, R., “El derecho al olvido”, en *Mundo del Abogado*, 2013.

MARTÍNEZ CABALLERO, J.M., “Cómo conjugar el derecho al olvido” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 57, 2015.

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “Cumplimiento defectuoso de la prestación”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 517, 1976.

MARTÍNEZ DEVÍA, A., “La inteligencia artificial, el Big Data y la era digital ¿una amenaza para los datos personales?”, en *Revista la Propiedad Inmaterial*, número 27, 2019.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Análisis práctico de la responsabilidad civil por defectos de construcción*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

MARTÍNEZ LÓPEZ - SÁEZ, M.,” Los nuevos límites al Derecho al Olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: La Difícil Conciliación Entre Las Libertades Económicas Y La Protección De Datos Personales”, en *Revista Estudios de Deusto*, volumen 65, 2017.

- *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica al derecho a la autodeterminación informativa*, editorial Civitas, Madrid, 2004.

- “El derecho fundamental a la protección de datos: Perspectivas”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007.

- “¿Minusvaloramos la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales?”, en *Diario La Ley*, número 24, 2019.

MARTÍNEZ OTERO, J., “La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja”, en *Revista Boliviana de Derecho*, número 23, enero, 2017.

MARTÍNEZ OTERO, J.M., “El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs. AEPD y Mario Costeja”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, número 93, 2015.

- “Derecho fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 106, 2016.

MARTÍNEZ- ROJAS, A., “Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 42, 2016.

MARTÍNEZ VALENCOSO, L., y SANCHO LÓPEZ, M., “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2018.

MARTOS DÍAZ, N., “Se acerca el 25 de mayo de 2018. ¿Está su empresa adaptada al nuevo Reglamento de Protección de Datos?”, en *Diario La Ley*, número 9081, 2017.

MARZAL HERCE, G., *Bases de datos personales: Requisitos para su uso. Comentarios a la LORTAD y normativa complementaria*, edita la Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

MATE SATUÉ, C., “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”, en *Revista de Derecho civil*, volumen III, número 2, abril-junio, 2016.

MAYOR GÓMEZ, R., “Principales novedades de la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, número 16, 2018.

MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, volumen 1º, editorial E.G.E.A, Buenos Aires, 1977.

MEDINA ALCOZ, M., “La compensatio lucri cum damno en la responsabilidad civil extracontractual. La denominada teoría del descuento”, en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, número 3, 2005.

MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, editorial Dykinson, Madrid, 2004.

MELCHIORI, F.A., “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, número XLVII, 2016.

MENDOZA LOSANA, A.I., “Transferencias internacionales de datos personales. Estados Unidos no es un puerto seguro, pero tampoco una isla inalcanzable”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 2015.

MENDOZA LOSANA, A.I., “Guía Práctica sobre la inclusión en un registro de morosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 4, 2012.

MEZZANOTTE, M., *Derecho al olvido: Una contribución al estudio de la Privacidad Histórica*, editada por Edizioni Scientifiche Italiane, Terano, 2009.

MIGLIO, A., “Enforcing the Right to Be Forgotten Beyond EU Borders”, en *Use and Misuse of New Technologies*, número 20, 2019.

MIJTANS PARELLÓ, E., “Impacto de las redes sociales en el Derecho a la Protección de Datos Personales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, número 2, 2009.

MINERO ALEJANDRE, G., “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, en *RJUAM*, número 30, 2014.

MINERO ALEJANDRE, G., “Nuevas tendencias en materia de protección de datos personales. La nueva Ley Orgánica y la jurisprudencia más reciente”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, número 52, 2019.

MINERO ALEJANDRE, G., “Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, número 1, 2017.

MINERO ALEJANDRE, G., “Publicación de la imagen tomada en la sala de vistas, absolución del acusado y derecho al olvido. Los límites del derecho al olvido y el lícito ejercicio de la libertad de información”, en *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, 2018.

MIÑO VÁZQUEZ, V., y SUHREN, P., “Liability for injuries according to GDPR”, en *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, volumen 42, número 3, 2018.

MONATERI, G., *La responsabilidad civile*, editorial Utet, Turín, 1998.

MONSALVE CABALLERO, V., y LLAMAS POMBO, E., *Responsabilidad precontractual y ruptura injustificada de las negociaciones*, editorial Ibañez, Madrid, 2010.

MONTERO PASCUAL, J.J., *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MONTÉS PENADÉS, V.L., “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1107 CC”, en la obra colectiva coordinada por Forniés Baigorri, A., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, volumen 2, 1995.

MONTERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M. I., “Libertad informática y protección de datos: Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tutela penal en el delito de descubrimiento y revelación de secreto”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 19, 2015.

MORENO BOBADILLA, A., “La influencia europea en el ámbito de los Derechos Fundamentales en España, en concreto, en el derecho a la intimidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, volumen 15, número 2, 2008.

- “El derecho al olvido digital: Una brecha entre Europa y Estados Unidos”, en *Revista de Comunicación*, volumen 18, número 1, 2019.

MORENO GARCÍA, L., “Delimitación del fuero del consumidor en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 9270, 2018.

MORETÓN SANZ, M.F., “Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 772, 2019.

MOUSA, S., "An emoji-based metric for monitoring consumers' emotions toward brands on social media", en *Marketing Intelligence & Planning*, volumen 37, número 2, 2019.

MUÑOZ GARCÍA, C., "Responsabilidad civil de los grandes menores a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer", en *Diario la Ley*, número 8719, 2016.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., "La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm.574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido", en *Diario La Ley*, número 8733.2016.

MURGA FERNÁNDEZ, J.P., "El derecho al olvido digital en un supuesto de concesión de indulto versus la libertad de información. A propósito de la STS del Pleno de la Sala Primera del TS, de 5-4-2016 y la reciente jurisprudencia dictada en la materia", en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 34, 2016.

- "La protección de los datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido", en *Revista de Derecho Civil*, número 4, 2017.

- "La difícil relación entre los motores de búsqueda y el derecho al olvido", en la obra colectiva *Derecho digital: Retos y cuestiones actuales*, coordinada por Capilla Roncero, F., editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

MURILLO DE LA CUEVA, L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, editorial Tecnos, Madrid: 1990.

- "Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, volumen 2, número 58, 2000.

- "La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa", en *Cuadernos de Derecho Público*, número 20, 2003.

- "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales", en *Revista Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, número 20, 2008.

NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Y., "El deber de secreto", en la obra colectiva coordinada por Almuzara Almada, C., *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, editorial Lex Nova, Madrid, 2005.

NAVARRO VILARROCHA, P., "La prescripción de las acciones de responsabilidad civil por culpa", en *Revista general de derecho*, número 428, 1980.

NAVAS NAVARRO, S., *La personalidad virtual del usuario de Internet: Tratamiento de la información personal recogida mediante cookies y tecnología análoga*, editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2014.

NIETO GARRIDO, E., "Derecho a indemnización y responsabilidad", en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, cit.

NIEUWESTEEG, B., y FAURE, M., "An analysis of the effectiveness of the EU data breach notification obligation", en *Computer Law and Security Review*, número 34, 2018.

NOIAN SÁNCHEZ, A., “La privacidad como integridad contextual y su aplicación a las redes sociales”, en *Zer: Revista de Estudios de Comunicación*, volumen 20, número 39, 2015.

NÚÑEZ GARCÍA, J.L., “Responsabilidad y obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento”, en la obra colectiva coordinada por Rallo Lombarte, A., *Tratado de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil, Tomo II Derecho de Obligaciones*, 6ª edición, editorial Dijusa, Madrid, 2009.

OBISPO TRIANA, C., “Cuando la libertad de información cede frente al derecho al olvido de los datos personales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10, 2018.

OJEDA BELLO, Z., “El derecho a la protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal”, en *Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, volumen 9, número 38, 2015.

OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L., “El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 35, 2014.

ORÁA, J., y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, editada por la Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos en internet en la jurisprudencia europea*, editorial Reus, Madrid, 2014.

ORGAZ, A., *El daño resarcible: Actos ilícitos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1967.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Algunas claves en las relaciones entre los EEUU y la UE sobre transferencias de datos de carácter personal. El acuerdo de Puerto Seguro”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, número 97, 2014.

- “La desprotección internacional del titular del derecho a la protección de datos de carácter personal”, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, número 19, 2015.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., y GONZALO DOMENECH, J.J., “¿Deben los Testigos de Jehová cumplir las normas establecidas por el Derecho de la Unión Europea en materia de Protección de Datos Personales?”, en *Diario La Ley*, número 9274, 2018.

- “Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, número 44, 2018.

ORZA LINARES, R.M., “El derecho al olvido en Internet: Algunos intentos para su regulación legal”, en la obra colectiva coordinada por Cotino Hueso, L., *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “El derecho al olvido contra la muerte de la privacidad”, en *Revista de la Escuela Jacobea de posgrado*, número 12, 2017.

- “La regulación del "derecho al olvido" en la Unión Europea. Aspectos críticos”, en la obra colectiva *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, coordinada por Durán Ruiz, F.J., editorial, 2018.

OSSORIO SERRANO, J.M., “Responsabilidad civil objetiva, sin culpa o por riesgo”, en la obra colectiva coordinada por Sánchez Calero, F.J., *Curso de Derecho Civil*, volumen 2, 2006.

OSTOS PALACIO, L., “Reflexiones acerca del principio *alterum non laedere* a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual”, en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, número 1, 2006.

PABLO SERRANO, A., *Honor, injurias y calumnias: los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PALACIOS GONZÁLEZ, M., “El poder de autodeterminación de los datos personales en Internet”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 14, Mayo, 2012.

PALMA ORTIGOSA, A., “Principios relativos al tratamiento de datos personales”, en la obra colectiva coordinada por Murga Fernández, J.P., *Protección de datos, responsabilidad activas técnicas de garantía*, editorial Reus, Madrid, 2018.

PALOP, A., “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia *Google*”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, volumen 35, 2015.

PANIZA FULLANA, A., “Una nueva era en la privacidad y las comunicaciones electrónicas: La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas”, en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, número 4, 2017.

PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1º del artículo 118.1 del Código Penal”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, número 3, 2017.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario a la STS 19.6.1984”, en *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil*, número 6, 1984.

- “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 44, número 3, 1991.

- “Perseverare diabolicum ¿Otra vez la responsabilidad civil en Código Penal?, en *Revista Jueces para la democracia*, número 19, 1993

- “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, número 4, 2001, página 167.

PAÑOS PÉREZ, A., *Responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, editorial Altier, Barcelona, 2010.

PARRA MEMBRILLA, L., “Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 21, 2017.

PASQUAU LIANO, M., “Comentario al artículo 6.2 CC”, en la obra colectiva *Jurisprudencia Civil Comentada*, coordinada por el mismo autor, 2º edición, editorial Comares, Granada, 2009.

PAUNER CHULVI, C., “La libertad de información como límite al derecho a la protección de datos personales: la excepción periodística”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 36, 2015.

PAVÓN PÉREZ, J.A., “La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El protocolo adicional al Convenio 108 relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos personales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 19, 2002.

PAZOS CASTRO, R., “El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014”, en *Indret, revista para análisis del derecho*, enero, 2015.

PAZOS CASTRO, R., “El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales”, en *Indret: Revista para el análisis del derecho*, número 4, 2016.

PAZOS CASTRO, R., “El mal llamado derecho al olvido en la era de Internet”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2183, 2015.

PEERS, S., “When super-regulators fight: the one stop shop in the proposed Data Protection Regulation”, en *EU Law Analysis blog*, 2015.

PEGUERA, M., “The Shaky Ground of the right to be delisted”, en *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, número 3, 2016.

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, editorial Comares, Granada, 2002.

PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, editorial Tecnos, Madrid, 1998.

PÉREZ ÁNGEL, M.A., “Responsabilidad civil de empresa hotelera. Depósito irregular. Fuerza mayor. Robo a mano armada”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, número 23, 1990.

PÉREZ LUÑO, A.E., “Informática y Libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 24, 1981.

- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

PING CHANG, C., “Searching on Facebook Through the Lens of the Concept of Privacy”, en la obra colectiva coordinada por Özyer, T., *Social Networks and Surveillance for Society*, 2018.



PINTO MONTEIRO, A., “Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 83, 1994.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 20, 2003.

- *Protección de datos, situación actual y retos del futuro*, editado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

- “Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de datos en la Unión Europea”, en la obra colectiva coordinada por el citado autor, *Reglamento General de Protección de datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, editorial Reus, Madrid, 2016.

- “Sociedad, Innovación y Privacidad”, en *Revista Información comercial española, ICE: Revista de Economía*, número 897, 2017.

PIZARRO MORENO, E., “Celada al derecho al olvido. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 41, 2016.

- “El derecho al olvido nacido de ninguna parte”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 44, 2017.

PLATERO ALCÓN, A., “La responsabilidad de las redes sociales: El caso de Ashley Madison”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 49, número 150, 2017.

POLITOU, E., MICHOTA, A., ALEPIS, E., y POCS, M., “Backups and the right to be forgotten in the GDPR: An uneasy relationship”, en *Computer Law and Security Review*, número 34, 2018.

PONCE, I., *Redes Sociales*, editado por el Instituto de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2012.

POULLET, Y., “Hacia nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007.

PUENTE ESCOBAR, A., “Breve descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, en la obra colectiva coordinada por Piñar Mañas, J.L., *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PUERTO, M.I., y PIETRO SFERRAZZA, T., “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, en *Revista Derecho del Estado*, número 40, 2018.

PULDAIN SALVADOR, V., “El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, volumen 26, número 47, 2017.

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital”, en *Diario La Ley*, número 1, 2019.

QUICIOS MOLINA, M.S., “SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2009: Nulidad de contrato por "dolo in contrahendo": dolo activo y dolo omisivo; indemnización procedente por “”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, número 82, 2010.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Obligaciones y Contratos*, editorial Dykinson, Madrid, 2000.

RALLO LOMBARTE, A., “El terrorismo internacional y sus conflictos: Seguridad vs. privacidad”, en *Revista de análisis y prospectiva*, número 3, 2008.

- “La protección de datos en España. Análisis de actualidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, número 2, 2009.

- “El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos”, en *Revista Telos, Cuadernos de comunicación e innovación*, número 85, 2010.

- “Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: Las claves de la reforma”, en *Revista de Derecho Político*, número 85, 2012.

- *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, editado por el centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

- “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Europa”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, número 39, 2017.

- “El nuevo derecho de protección de datos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 116, 2019.

RALLO LOMBARTE, A., DURAN MARTÍNEZ, R., en su obra *Derecho y Redes Sociales*, Segunda edición, editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013.

RALLO LOMBARTE, A., y GARCÍA MAHAMUT, R., *Hacia un nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAMIRO LOZANO, I., y CARRASCOSA LÓPEZ, V., “La protección de datos personales en la Península Ibérica”, en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, número 4, 1994.

RAMÓN SAURA, J., PALOS, P., y DEBASA NAVALPOTRO, F., “El problema de la reputación online y motores de búsqueda: El derecho al olvido”, en *Cuadernos de Dereito*, número 8, 2017.

RAPETTI, B., “Prescripción en daños continuados”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, número 12, 2015.

REBOLLO DELGADO, L., “La imagen como dato”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 2, 2009.

REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PÉREZ, M., *Manual de protección de datos*, editorial Dykinson, Madrid, 2017.

RECIO GAYO, M., “Los nuevos y los renovados Derechos en Protección de Datos en el RGPD, así como sus limitaciones”, en *Revista Actualidad Civil*, número 5, 2018.

RECIO GAYO, M., “Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo”, en *Diario La Ley*, número 8, 2017.

RECIO GAYO, M., *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?*, editorial Reus, Madrid, 2018.

RECIO GAYO, M., y ÁLVAREZ CARO, M., “La declaración de invalidez del Acuerdo de Puerto Seguro entre la UE y los EEUU por el TJUE (C-362/14)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, número 57, 2016.

REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

- *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L., “El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de eximición de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en la obra colectiva *Tratado de responsabilidad civil*, coordinada por Reglero Campos, L.F y Busto Lago, J.M., 5ª edición, editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

REINHART KOSSELLECK, *Aceleración, prognosis y secularización*, editada por Pre-Textos, Valencia, 2003.

- “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”, en *La Ley Mercantil*, número 42, 2017.

- “Max Schrems against Facebook”, en *MPILux Research Paper Series*, número 4, 2018.

REYES MÉNDEZ, D., “El acceso del menor a las redes sociales y el problema de su autenticación: La necesidad de una respuesta tecnológica”, en *Diario La Ley*, número 9935, 2019.

RICHTER, M., “La protección de datos de carácter personal como derecho humano”, en la obra colectiva coordinada por Molina Barreto, R., *Opus Magna Constitucional 2015: Tomo X*, editada por el Instituto de Justicia Constitucional de Guatemala, 2015.

RIPOL CORULLA, S., “Aplicación territorial del Reglamento”, en la obra colectiva, *Hacia un nuevo modelo de privacidad*, *cit.*

ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños*, 7ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., “El derecho de acceso a la información en materia de protección de datos personales a la luz de la doctrina española”, en *Revista Derecom*, número 15, 2013.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., “La responsabilidad del patrimonio familiar del artículo 1910 del código civil”, en la obra colectiva coordinada por Sánchez Calero, F.J., *Protección del Patrimonio Familiar*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Comentario al artículo 1104: Culpa o negligencia del deudor”, en la obra colectiva coordinada por Valpuesta Fernández, R., *Código civil comentado*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El Tribunal de Justicia y los Derechos en la sociedad de la información: Privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 24, 2015.

ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, editorial Cívitas, Madrid, 1977.

ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ROIG, A., “E-privacidad y redes sociales”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 9, 2009.

ROJO AJURIAS, L., *El dolo en los contratos*, editorial Cívitas, Madrid, 1994.

ROMÁN GARCÍA, A.M., *El precontrato: Estudio dogmático y jurisprudencial*, editorial RDU, Madrid, 1982.

ROMERO CERDÁN, T.A., “Desindexación de datos personales: Fortaleciendo el derecho a la autodeterminación informativa y el olvido digital”, en *DIKE: Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, número 22, 2018.

ROSATI, E., “Material, Personal and Geographic Scope of Online Intermediaries’ Removal Obligations beyond Glawischnig-Piesczek, C-18/18 and Defamation”, en *European Intellectual Property Review*, número 9, 2019.

ROTONTO TORNARIA, F., “El derecho al olvido, ¿existe?”, en *Revista CADE: Doctrina y Jurisprudencia*, número 42, 2017.

ROTT, P., “Data protection law as consumer law - How consumer organizations can contribute to the enforcement of data protection law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, volumen 6, número 3, 2017.

ROVIRA SUERO, M.E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, editorial Cedecs, Barcelona, 1999.

- “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, 2015.

RUBÍ NAVARRETE, J., “La resolución de la Agencia Española de Protección de Datos sobre la política de privacidad de *Facebook*”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, número 82 (septiembre-diciembre), 2017.

RUBÍ PUIG, A., “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen V, número 4, 2018

RUBIO TORRANO, E., “Del Reglamento Europeo a la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, en *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, número 6, 2018.

RUBIO TORRANO, E., “El derecho al olvido digital”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 1, 2016.

RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., “Los motores de búsqueda: el Caronte de Internet y su responsabilidad frente a vulneraciones del derecho de autor (una reflexión sobre la jurisprudencia en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 740, 2013.

RUIZ MIGUEL, C., “El derecho a la protección de datos personales en la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Análisis crítico”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, volumen 7, número 14, 2003.

SAFJAN, M., “Concepto de «consumidor» de un usuario de una cuenta privada de *Facebook* para la determinación de la competencia judicial en contratos celebrados por los consumidores. TJ, Sala Tercera, 25 Ene. 2018. Asunto C-498/16: Schrems”, en *La Ley Unión Europea*, número 56, 2018.

SALAS CARCELLER, A., “La responsabilidad de las entidades que gestionan los llamados «ficheros de morosos. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 267/2014 de 21 mayo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, 2015.

SALINAS MENGUAL, J.C., “Protección de datos entre el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones religiosas. El caso finlandés y el español (a propósito de la Sentencia Jehovan Todistajat del TJUE)”, en *Revista Ius Canonicum*, volumen 58, número 116, 2018.

SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS de 26 de julio de 1985”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 9, 1985.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario del artículo 1101 CC”, en la obra colectiva coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil*, 3º edición, editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., “El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: La informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, en *Revista Estudios de Deusto*, número 64, 2016.

SÁNCHEZ CALERO, F.J., *et.al.*, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por hechos ilícitos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANCHO LÓPEZ, M., “Nuevas amenazas para la protección de datos en el contexto del Big Data”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, número 43, 2017.

- “Garantías legales del concepto de privacidad: Entre el derecho al olvido y el nuevo reglamento de protección de datos”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 9, 2018.

SANCHO-VILLA, D., “The Concept of Establishment and Data Protection Law: Rethinking Establishment”, en *European Law Review*, número 42, 2017.

SANJUAN Y MUÑOZ, E., *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente: Evolución y situación actual: (análisis civil, penal y administrativo de la cuestión)*, editorial Bosh, Barcelona, 2001.

SANTAMARÍA RAMOS, F.J., *El encargado independiente. Figura clave para un nuevo Derecho de protección de datos*, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

SANTOS ÁLVAREZ, J., “Unidad de concepto de la culpa civil”, en la obra colectiva *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, coordinada por Martínez-Calcerrada y Gómez., editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, Vol. 2, 2001.

SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1967.

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, editorial Montercorvo, Madrid, 1986.

- “Comentario artículo 1902 CC”, en la obra colectiva *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XXIV, Artículos 1887 a 1929 del Código civil*, coordinada por Albaladejo García, M., et al, editorial Edersa, Madrid, 2007.

SANTOS MORÓN, M.J., “La denominada herencia digital. ¿Necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derechos Transnacional*, volumen 10, número 1, 2018.

SCHÄFER, B., y OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, editorial Tecnos, 1991.

SCHINASI, J., “Examining Data Regulations Through Google’s Global Expansion”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, número 52, 2014.

SCHROERS, J., “I have a Facebook account, therefore I am – authentication with social networks”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, volumen 33, número 2, 2019.

SCHWARTZ, P., y REIDENBERG, J., *Data Privacy Law: A Study of United States Data Protection*, editorial Lexis, New York, 1996.

SCOGNAMIGLIO, R., “Responsabilidad contractual y extracontractual”, en *Revista Ius et Veritas*, número 22, 2001.

SCOLA, S., “El tratamiento de datos personales y el resarcimiento de daños. Desde la normativa europea hasta la solución adoptada en Italia”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, número 7, 2015.

SEAONE, J.A., “La ampliación del catálogo de derechos fundamentales”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 54, 2006.

SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M., “El derecho al olvido digital. Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015”, en *Revista Actualidad Civil*, número 12, 2015.

SERRANO PÉREZ, M., *El derecho fundamental a la protección de datos: Derecho español y comparado*, editorial Cívitas, Madrid, 2003.

- “Derechos de rectificación y cancelación”, en la obra colectiva coordinada por Troncoso Reigada, A., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, editorial Cívitas, 2010.

- “Los derechos de rectificación y cancelación. Título III. Derecho de las Personas. Artículo 16 y 17”, en la obra colectiva coordinada por Troncoso Reigada, A., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, editorial Cívitas, 2010.

SHEEKAN, K.B., “An investigation of gender differences in On-line privacy concerns and resultant behavior”, en *Journal of Interactive Marketing*, número 13, volumen 4, 1999.

SIGNES DE MESA, J.A., y GAVILÁN HORMIGO, L., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos fundamentales-2014”, en *Revista Europea de Derechos fundamentales*, número 24, 2014.

SILVA MELERO, V., *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, editorial Reus, Madrid, 1951.

SIMAO DE LUCENA NETO, C., y OTERO FERNÁNDEZ, I., “Memoria, desindexación y el control de la exposición digital en la construcción del derecho al olvido en la Unión Europea”, en *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, volumen 5, número 1, 2016.

SIMÓN CASTELLANO, P., *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, editorial Bosch, Barcelona, 2015.

SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional derecho al olvido digital*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SKRINJAR, M., “Schrems v. Data Protection Commissioner (Case C-362/14): Empowering National Data Protection Authorities”, en *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, número 11, 2015.

SOLAR CALVO, P., “¿Es real que la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales, otorgue mayor seguridad jurídica?”, en *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 948, 2019.

SOLÉ RESINA, J., “Las voluntades digitales: Marco normativo actual”, en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 71, número 2, 2018.

STOLL, H., “Consequences of liability: remedies”, en *IECL*, volumen 2, número 11, 1983.

SUAREZ BARRERA, E.M., “Protección de datos biométricos en Europa, el estado de la cuestión en torno a su naturaleza”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 42, 2016.

SUÁREZ GONZALO, S “Tus likes ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EEUU 2016”, en *Quadems del CAC*, número 44, 2018.

SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, “El derecho al olvido, base de tutela de la intimidad”, en *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación e Innovación*, 2014.

SVANTESSON, D., “The CJEU's WELTIMMO Data Privacy Ruling: Lost in the Data Privacy Turmoil, Yet So Very Important”, en *Maastricht journal of European and comparative law*, volumen 23, número 2, 2016.

- “Lagom Jurisdiction - What Viking Drinking Etiquette Can Teach Us about Internet Jurisdiction and Google France”, en *Masaryk U. J.L. & Tech*, número 12, 2019.

- “Grading AG Szpunar’s Opinion in Case C-18/18 – A Caution Against Worldwide Content Blocking As Default”, en *Masaryk University Journal of Law and Technology*, volumen 13, número 2, 2019.

TALÉNS VISCONTI, E.E., “La desconexión digital en el ámbito laboral. Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, en *Revista de información laboral*, número 4, 2018.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentario al artículo 400 LEC” , en la obra colectiva coordinada por Cerdón Moreno, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen 1, 2 edición, editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., y CAVANILLAS MÚGICA, S., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, edita el Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1992.

TARDÍO PARTO, J.A., “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, número 162, 2003.

TEJADA DE LA FUENTE, E., ZARAGOZA TEJADA, J.I., “Apuntes a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona frente a la Ley 25/2007”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 9, 2018.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *La protección de datos en la Unión Europea: Divergencias normativas y anhelos unificadores*, editorial Edisofer, Madrid, 2002.

TELLO, L., “Intimidad y extimidad en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook”, en *Revista Comunicar*, número 41, volumen XXI, 2013.



TERPAN, F., “EU-US Data Transfer from Safe Harbour to Privacy Shield Back to Square One?”, en *European papers: a journal on law and integration*, volumen 3, número 3, 2018.

TESONE, R., *Los retos de la privacidad: Innovación, Derecho y Seguridad*, editado por la Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2014.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable" reforma en Francia y valoración de su alcance”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 2, número 1, 2015.

TORIBIO FUENTES, F., “El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Práctica de Daños*, número 23, 2005.

TORRES MANRIQUE, J.I., “Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución”, en *revista Misión Jurídica*, número 13, 2017.

TRACOL, X., “Legislative Genesis and Judicial Death of a Directive: The European Court of Justice Invalidated the Data Retention Directive (2006/24 EC) thereby Creating a Sustained Period of Legal Uncertainty about the Validity of National Laws which Enacted It”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 30, número 6, 2014.

TRONCOSO REIGADA, A., “El principio de calidad de los datos. Título II. Principios de la protección de datos. Artículo 5”, en la obra *colectiva Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, coordinada por el citado autor, editorial Cívitas, Madrid, 2010.

- “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de protección de datos personales”, en *Revista Española de Derechos Europeo*, número 43, 2012.

- “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 15, 2012.

- “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte dos”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 15, 2012.

- “La seguridad en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en *Diario la Ley*, número 15647, 2018.

TRULI, E., “The General Data Protection and Civil Liability”, en la obra *colectiva* coordinada por Backum, M., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property: Towards a Holistic approach?*, editorial Springer, Berlín, 2018.

*Ulpiano, D., Reglas, Libro I, máxima recogida en el Digesto 1.2.10.1.*

URÍA GAVILÁN, E., “Derechos Fundamentales versus vigilancia masiva: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 Schrems)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 53, 2016.

VALDECANTOS FLORES, M., “Sanción de la AEPD a Facebook por infracciones graves y muy graves de la normativa de protección de datos”, en *Diario La Ley*, número 19, 2017.

VAN ALSENOY, B., “Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, en *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec*, número 7 2016.

VAN ALSENOY, B., “Liability under UE Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, en *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, número 7, 2017.

VAN ALSENOY, B., KUCZERAWY, A., y, AUSLOOS, J., “Search engines after Google Spain: internet@liberty or privacy peril?”, en *ICRI Research Papern*, núm. 15, 2013.

VÁZQUEZ FERREIRA, M., *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, editorial Juris, Rosario, 1987.

VÁZQUEZ ROMERO, T., “La tutela de la información personal y el uso de las redes sociales”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 15, 2012.

VÁZQUEZ, S., “Las brechas de seguridad en el RGPD”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 936, 2017.

VEGA CLEMENTE, V., “Comercio electrónico y protección de datos”, en *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, número 25, 2013.

VEGA GUTIÉRREZ, A.M., *Derechos Humanos del siglo XXI: 50º Aniversario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2017.

VELARDE SAFFER, L.M., “Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes”, en *Ius: La Revista*, número 36, 2008.

VELASCO PERDIGONES, J.C., “Responsabilidad Civil y protección de datos de carácter personal”, en la obra colectiva coordinada por Bueno de Mata, F., *Fodertics 7.0: Estudios sobre Derecho Digital*, editorial Comares, Granada, 2019.

VICENTE CASADO, M., “La cesión de datos personales en la compraventa de empresas tecnológicas. Especial referencia al caso de *Whatsapp* y *Facebook*”, en la obra colectiva coordinada por Bueno de Mata, F., *FODERTICS 6.0: Los nuevos retos del Derecho ante la era digital*, editorial Comares, 2017.

VICENTE PACHÉS, F., “Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informáticos relativos a afiliación sindical Comentario a la Sentencia 11 / 1998 de 13 enero de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional (BOE de 12 de febrero de 1998)”, en *Revista Aranzadi Social*, número 5, 1998.

VILAU SOLANA, M., “La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 3, 2006.

- “El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 18, 2014.

- “El caso Google Spain: La afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)”, en la obra colectiva coordinada por Delgado García, A.M., *Nuevas tendencias en Internet, Derecho y Política*, editorial Huygens, Madrid, 2016.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Protección de datos personales, derecho a ser informado, y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254//1993”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, 1994.

- “Derecho de oposición: Título II. Principios de la Protección de Datos”, en la obra colectiva *Ley Orgánica de Protección*, *cit.*, 2010.

VINEY, G., *Traité de Droit civil, tomo IV (Les obligations. La responsabilité: effects)*, editado por Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982.

VON DANWITZ, T., “La comunidad los Testigos de Jehová es responsable del tratamiento de los datos personales recogidos durante una actividad de predicación puerta a puerta. TJ, Gran Sala, S 10 Jul. 2018. Asunto C-25/17: Jehovan todistajat”, en *La Ley Unión Europea*, número 62, 2018.

WARREN, S., y BRANDEIS, L.D., “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, volumen 4, número 5, 1980.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación”, en *RCDI*, número 603, 1991.

- “Comentario al artículo 1107 del Código Civil”, en la obra colectiva *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, editorial Bosch, Barcelona, volumen 1, 1992.

- *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, Madrid, 2001.

- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos efectos o consecuencias*, editorial Dykinson, Madrid, 2016.

ZAPATERO MARTÍN, M.P., “El reto de la ordenación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en un universo digital”, en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, número 29, 2019

ZHUOFAN, Y., SHIB, Y. WANG, B., “Search Engine Marketing, Financing Ability and Firm Performance in E-commerce”, en *Journal of Marketing Research*, número 55, 2015.

ZIMMER, M., “Privacy and surveillance in web 2.0: A study in contextual integrity and the emergence of Netaveillance”, en *Ethics and Information Technology*, volumen 7, número 4, 2005.

ZOCAVILCA ROMÁN, Z., “El derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías de comunicación e información”, en la obra colectiva coordinada por López Ortega, J., *El derecho a la intimidad: Nuevos y viejos debates*, editorial Dykinson, Madrid, 2017.

## FUENTES LEGISLATIVAS CITADAS

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, «BOE» núm. 176, de 23 de julio de 1960.

Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 1/1979, de 4 de abril, de Caza, «BOE» núm. 82, de 6 de abril de 1970.

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

Ley Orgánica 5/1992, de 19 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 262, de 31 de octubre de 1992.

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, «DOCE» núm. 281, de 23 de noviembre de 1995

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, «BOE» núm. 242, de 9 de octubre de 1999.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000.

Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, «DOCE» núm. 12, de 16 de enero de 2001.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, «DOCE» núm. 201, de 31 de julio de 2002.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, «BOE» núm. 267, de 05 de noviembre de 2004.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, «BOE» núm. 17, de 19 de enero de 2008.

Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, «BOE» núm. 127, de 28 de mayo de 2011.

Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, «BOE» núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, «DOUE» núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, «BOE» núm. 183, de 30 de julio de 2018.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, «BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

## JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 27 de noviembre de 1925: La sentencia equipara a la mora como causa de incumplimiento de las obligaciones. Datos identificación: Roj: STS 344/1925 - ECLI: ES:TS:1925:344.

STS de 15 de marzo de 1934: En ella, se establece que el dolo como criterio de incumplimiento de las obligaciones, puede acaecer en cualquier momento de vigencia de la relación obligatoria. Datos identificación: Datos identificación: Roj: STS 1203/1934 - ECLI: ES:TS:1934:1203.

STS de 14 de junio de 1943: En esta temprana jurisprudencia, la presunción de solidaridad en la responsabilidad extracontractual, debía ser objeto de prueba. Datos identificación: Roj: STS 249/1943 - ECLI: ES:TS:1943:249.

STS de 14 de febrero de 1944: A esta sentencia se le atribuye la creación de la teoría del abuso del derecho. Datos identificación: Roj: STS 29/1944 - ECLI: ES:TS:1944:29.

STS de 22 de febrero de 1946: La sentencia reformula la necesidad de la acreditación de un nexo causal como elemento inexcusable de la responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 615/1946 - ECLI: ES:TS:1946:615.

STS de 11 de mayo de 1963: Sienta las bases de la responsabilidad civil de tipo objetivo. Datos identificación: Roj: STS 147/1963 - ECLI: ES:TS:1963:147.

STS de 3 de mayo de 1968: Distinción entre el régimen de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Datos identificación: Roj: STS 2096/1968 - ECLI: ES:TS:1968:2096.

STS de 24 de julio de 1969: La sentencia determina los pilares básicos de la responsabilidad civil extracontractual. Datos identificación: Roj: STS 3635/1969.

STJCE de 12 de noviembre de 1969, caso *Stauder*: Primer caso sobre protección de datos personales resuelto por el TJCE, donde se consideró que la entrega de un cupón con datos personales para obtener un descuento, no suponía una injerencia en la vida privada de los individuos.

STS de 15 de noviembre de 1979: La sentencia admite a la antijuricidad como elemento propio del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Datos identificación: Roj: STS 376/1979.

STS de 6 octubre de 1982: En ella se recoge la teoría de la diferencia, como fundamento utilizado en la valoración del daño patrimonial. Datos de identificación: Roj: STS 1470/1982 - ECLI: ES:TS:1982:1470.

STS de 9 de marzo de 1983: La sentencia considera como extracontractuales, los daños derivados por la falta de medidas de seguridad en el desarrollo de su actividad profesional. Datos identificación: Roj: STS 60/1983 - ECLI: ES:TS:1983:60.

STS de 23 de mayo de 1983: En la misma, se fijan las principales diferencias existentes entre el dolo civil y el dolo penal. Datos identificación: Roj: STS 1332/1983 - ECLI: ES:TS:1983:1332.

STS de 14 de octubre de 1983: En ella, se discute sobre la naturaleza de los daños relacionados durante la vigencia de un contrato de edición, entre el autor de diferentes libros y, la editorial. Datos identificación: Roj: STS 5326/1983.

STS de 18 de octubre de 1983: La sentencia permite moderar la responsabilidad civil extracontractual proveniente de la culpa. Datos identificación: Roj: STS 17/1983 - ECLI: ES:TS:1983:17.

STS de 9 de mayo de 1984: Considera como contractuales, los daños sufridos por un profesional que había resultado omitido en la guía telefónica. Datos identificación: Roj: STS 1165/1984 - ECLI: ES:TS:1984:1165.

STS 19 de junio de 1984: La sentencia consideró que los daños producidos por el hijo del arrendatario en la vivienda como consecuencia del desarrollo de una actividad de soldadura de depósito de motocicleta, tenían la consideración de extracontractual. Datos identificación: Roj: STS 1300/1984 - ECLI: ES:TS:1984:1300.

STS de 17 de marzo de 1986: En la sentencia se recoge el principio de aplicación restrictiva del plazo de prescripción en las acciones de responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 7527/1986 - ECLI: ES:TS:1986:7527.

STS 16 de febrero de 1988: En ella se establece el fundamento de la responsabilidad por riesgo. Datos identificación: Roj: STS 996/1988 - ECLI: ES:TS:1988:996.

STS 10 de abril de 1988: La sentencia niega la responsabilidad civil de un menor de edad de 17 años socorrista por la muerte de un niño en la piscina. Datos identificación: Roj: STS 10618/1988 - ECLI: ES:TS:1988:10618.

STS de 8 de mayo de 1991: Se afirma que la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, es una creación de suerte jurisprudencial. Datos identificación: Roj: STS 2409/1991 - ECLI: ES:TS:1991:2409.

STS de 10 de junio de 1991: En la misma, se condena a una aseguradora a pagar los daños sufridos por un usuario de una estación de esquí, considerando que la responsabilidad era de tipo contractual. Datos identificación: Roj: STS 16093/1991 - ECLI: ES:TS:1991:16093.

STS de 31 de enero de 1992: La sentencia formula los principios de la teoría de la causalidad adecuada. Datos identificación: Roj: STS 12471/1992 - ECLI: ES:TS:1992:12471.

STS de 30 de junio de 1995: En la misma, se realiza una refutación considerando los supuestos del artículo 1903 del CC como propios, de un sistema de responsabilidad civil objetivo. Datos identificación: Roj: STS 3846/1995 - ECLI: ES:TS:1995:3846.

STS de 28 de junio de 1996: Niega la responsabilidad civil de un agente de seguridad que mató a un agresor actuando en legítima defensa. Datos identificación: Roj: STS 3938/1996 - ECLI: ES:TS:1996:3938.

STS de 8 de julio de 1996: La sentencia aclara que el lucro cesante o las ganancias dejadas de obtener, deben ser probables. Datos identificación: Roj: STS 4159/1996 - ECLI: ES:TS:1996:4159.

STS de 18 de febrero de 1997: Aplicación del régimen contractual a daños derivados de deficientes servicios ofrecidos por el servicio público de salud. Datos identificación: Roj: STS 1089/1997 - ECLI: ES:TS:1997:1089.

STS de 22 de julio de 1997: En la misma, no se permite aplicar cláusulas de exoneración de responsabilidad, en supuestos de daños extracontractuales. Datos identificación: Roj: STS 5235/1997 - ECLI: ES:TS:1997:5235.

STS de 28 de diciembre de 1997: La sentencia recuerda que la apreciación del caso fortuito o la fuerza mayor, para determinar la posible responsabilidad civil, se trata de una cuestión de derecho. Datos identificación: Roj: STS 8009/1997 - ECLI: ES:TS:1997:8009.

STS de 8 de abril de 1999: En la misma, se recoge la teoría del concurso de acciones, para permitir en determinadas ocasiones la interposición de una acción fundamentada en los dos tipos de regímenes de responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 3420/1994.

STS de 8 de febrero de 2000: En ella, se alude a teoría de la unidad de la culpa civil, como: “tutela procesal unitaria de la culpa civil”. Datos identificación: Roj: STS 861/2000 - ECLI: ES:TS:2000:86.

STS de 31 de mayo de 2000: Reconoce como contractuales, los daños morales derivados del retraso de un avión. Datos identificación: Roj: STS 4430/2000 - ECLI: ES:TS:2000:4430.

STS 181/2000 de 29 de junio: Interpretación del artículo 15 de la Constitución española, en relación a su aplicación al régimen indemnizatorio. Datos identificación: Roj: STS 5342/2000 - ECLI: ES:TS:2000:5342.



STS de 7 de noviembre de 2000: En la misma se niega la función sancionatoria o punitiva como fundamento de la institución de la responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 8086/2000 - ECLI: ES:TS:2000:8086.

STC 292/2000 de 30 de noviembre: En la citada sentencia, se proclama la autonomía del derecho fundamental a la protección de datos personales, frente a los restantes derechos clásicos de la personalidad. Datos identificación: BOE núm. 4, de 04 de enero de 2001.

STS de 8 de marzo de 2002: La sentencia confirma la responsabilidad civil concurrente de un menor de 17 años y sus progenitores, derivada de un balonazo a una niña, que causó la pérdida de visión de una menor. Datos identificación: Roj: STS 1639/2002 - ECLI: ES:TS:2002:1639.

STS (Sala de lo Penal) de 25 de mayo de 2002: En ella, se niega a la conocida como función sancionatoria o punitiva, como de una de las propias de un sistema de responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 3731/2002 - ECLI: ES:TS:2002:3731.

STS (Sala de lo Penal) de 14 de marzo de 2003: Equipara la responsabilidad civil ex delicto con la responsabilidad civil extracontractual del régimen civil. Datos identificación: Roj: STS 1841/2002 - ECLI: ES:TS:2002:1841.

Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rechnungshof v. Österreichischer Rundfunk, STJUE de 20 de mayo de 2003: Se consideró contrario al derecho a la vida privada de los individuos, la comunicación de los datos económicos de los trabajadores de una empresa, a un tercero.

STS de 23 de diciembre de 2004: Consideró como contractuales, los daños sufridos por un pasajero de Renfe, por un accidente sufrido en las escaleras mecánicas. Datos identificación: Roj: STS 8406/2004 - ECLI: ES:TS:2004:8406.

STS de 9 de marzo de 2006: La sentencia considera que el jugador profesional que resultó muerto como consecuencia de una bola, es una actividad voluntaria realizada por el mismo, y por tanto, no se genera responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 1347/2006 - ECLI: ES:TS:2006:1347.

STS (Sala de lo Penal) de 10 de octubre de 2006: Equipara la responsabilidad civil ex delicto con la responsabilidad civil extracontractual del régimen civil. Datos identificación: Roj: STS 6195/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6195.

STS de 22 de noviembre de 2006: Interpretación del artículo 1103 del Código civil, en relación a la facultad de moderación de la responsabilidad contractual proveniente de la culpa. Datos identificación: Roj: STS 7593/2006 - ECLI: ES:TS:2006:7593.

STS de 15 de marzo de 2007: En la misma se consideró que el daño sufrido por un corredor de encierros, es culpa exclusiva del mismo, debido a su exposición voluntaria a la actividad. Datos identificación: Roj: STS 1598/2007 - ECLI: ES:TS:2007:1598.

STS de 29 de octubre de 2008: Sienta los cimientos de la conocida como teoría de la unidad de la culpa civil. Datos identificación: Roj: STS 5541/2008 - ECLI: ES:TS:2008:5541.

Asunto C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, STJUE de 16 de diciembre de 2008: Se consideró que la publicación de ofertas comerciales, consistentes en revelar datos de contribuyentes, datos ya públicos, no suponía una injerencia en el derecho a la protección de datos de los individuos.

Asunto C-524/06, *Huber v. Alemania*, STJUE de 16 de diciembre de 2008: En la misma, se consideró válido el censo realizado por Alemania, sobre los datos de los extranjeros sitios en su país, siempre que solo fuera utilizado para fines de seguridad.

STS de 22 de diciembre de 2008: El daño para ser considerado contractual, debe producirse en la estricta órbita de lo pactado. Datos identificación: Roj: STS 7348/2008 - ECLI: ES:TS:2008:7348.

STS de 4 de marzo de 2009: La sentencia considera que el plazo de prescripción aplicable a una demanda de responsabilidad civil interpuesta por los familiares de una víctima mortal por el consumo de tabaco, contra la tabacalera, es el propio del régimen de responsabilidad civil extracontractual. Datos identificación: Roj: STS 1132/2009 - ECLI: ES:TS:2009:1132.

STS de 30 de junio de 2009: La sentencia formula la teoría de la equivalencia de las condiciones. Datos identificación: Roj: STS 4687/2009 - ECLI: ES:TS:2009:4687.

Asunto C-518/07, *Comisión vs. Alemania*, STJUE de 9 de marzo de 2010: En ella, se declaró la necesidad de que los órganos de supervisión de datos de los países miembros, fueran totalmente independientes.

STS de 16 de marzo de 2010: La sentencia refuerza las diferencias entre los dos regímenes existentes en la responsabilidad civil, impidiendo la confusión de los mismos, en la posible interposición de acciones por daños. Datos identificación: Roj: STS 1798/2010 - ECLI: ES:TS:2010:1798.

Asuntos acumulados C-509/09 y C-161-10, caso *Date Advertising vs. Olivier y Martínez*, STJUE de 25 de octubre de 2011: En ella, se amplía la posibilidad de demandar, desde un punto de vista procesal, al perjudicado, pudiendo invocar distintos foros.

Asunto C-523/10, caso *Wintersteiger*, STJUE 19 de abril de 2012: En la sentencia, se dejó en manos de los tribunales de los estados miembros, la determinación de la posible asociación entre dos marcas.

Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Asunto *Digital Rights Ireland Ltd vs. Seitlinger* y otros, STJUE 8 de abril de 2014: La sentencia anuló la Directiva 2006/24/CE, sobre conservación de datos de tráfico y localización de comunicaciones electrónicas.

Asunto C-342/12, *Worten*, STJUE de 30 de mayo de 2013: En ella, se estableció que los requisitos en la seguridad en el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos, debían establecerse en la normativa nacional de los estados miembros.

Asunto C-147/12, *ÖFAB*, STJUE de 18 de julio de 2013: Jurisprudencia sobre transmisión de créditos, donde se consideró que la misma no puede alterar la determinación del tribunal competente.

STC 176/2013 de 21 de octubre: En ella se establecen, los fundamentos del derecho fundamental a la intimidad. Datos identificación: BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2013.

Asunto C-131/12, *Google vs. Agencia Española de Protección de datos*, STJUE de 13 de Mayo de 2014. En la sentencia, se fijó la responsabilidad de un motor de búsqueda, frente a las solicitudes de derecho al olvido realizadas legítimamente.

STS de 18 de febrero de 2015: La sentencia determina que una omisión médica puede determinar el nacimiento de la responsabilidad civil. Datos identificación: Roj: STS 434/2015 - ECLI: ES:TS:2015:434.

Asunto C-230/14, *Weltimmo, s.r.o.v Nemzeti Adatvédelmi és Információs Zrt. vs. Hatosag*, STJUE 1 de octubre de 2015: En la misma se realiza, una aplicación extensiva del concepto de establecimiento, para favorecer, la interposición de demandas, derivadas de incorrectos tratamientos de datos personales.

Asunto C-362/14, *Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner*, STJUE de 6 de octubre de 2015: En ella, se invalida la normativa reguladora de la transferencia internacional de datos, entre Europa y Estados Unidos.

STS de 15 de octubre de 2015: Se estima la solicitud de derecho al olvido frente al motor de búsqueda Google, en virtud, de un resultado de búsqueda del diario *El País*, de los años ochenta. Datos identificación: Roj: STS 4132/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4132.

STC 39/2016, de 3 de marzo: En ella, se limita el derecho fundamental a la protección de datos personales de una trabajadora que fue despedida por la colocación de cámaras de control por parte del empresario, sin previo aviso de la existencia de las mismas, primando el poder de control y organización del empresario en el ámbito de la relación laboral. Datos identificación: BOE núm. 85, de 08 de abril de 2016.

STS (Sala de lo Contencioso - administrativo) de 14 de marzo de 2016: pronunciamiento donde se recogen una serie de criterios más restrictivos para el ejercicio del derecho al olvido. Datos identificación: Roj: STS 964/2016 - ECLI: ES:TS:2016:964.

STS de 5 de abril de 2016: En ella se estima la solicitud de derecho al olvido frente al motor de búsqueda *Google*, en virtud, de un resultado de búsqueda del BOE, donde se recogía un indulto otorgado años atrás. Datos identificación: Roj: STS 1280/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1280.

STS de 21 de diciembre de 2016: La inexistencia del consentimiento informado, puede ser fundamento del origen de una responsabilidad civil extracontractual. Datos identificación: Roj: ATS 11980/2016 - ECLI: ES:TS:2016:11980.

Asunto C-398/15, Manni, STJUE de 9 de marzo de 2017: La sentencia limita el campo de aplicación de la figura del derecho al olvido, al considerar que los datos presentes en el registro mercantil, no pueden ser olvidados.

STS de 6 de julio de 2017: En ella se niega el ejercicio del derecho al olvido, de unos sujetos que al observar como una determinada noticia, donde aparece su foto, pero no su nombre, no es considerado motivo suficiente para que el citado derecho pueda prosperar. Datos identificación: Roj: STS 2675/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2675.

STS de 13 de julio de 2017: En ella se niega el ejercicio del derecho al olvido, de unos sujetos que al observar como una determinada noticia, donde aparece su foto, pero no su nombre, no es considerado motivo suficiente para que el citado derecho pueda prosperar. Datos identificación: Roj: STS 2843/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2843.

Asunto C-498/16, Maximilian Schrems vs. *Facebook* Ireland Limited, STJUE de 25 de enero de 2018: En la sentencia, se otorga expresamente a los usuarios de la red social *Facebook*, la condición de consumidores.

STC 58/2018 de 4 de junio: El Tribunal Constitucional, eleva a la categoría de fundamental, el conocido derecho al olvido, permitiéndose aplicar también, a las hemerotecas digitales de los diarios. Datos identificación: BOE núm. 164, de 07 de julio de 2018.

Asunto C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein vs. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, STJUE de 5 de junio de 2018: En la misma, se consideró al administrador de una página de *Facebook*, como corresponsable del tratamiento, junto a la citada red social.

Asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, Tele2 Sverige AB y Postoch telestyrelsen, y Secretary of State for the Home Department y Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, STJUE 21 de diciembre de 2016 Apartado 59 del Asunto C-25/17, Jehovan todistajat — uskonnollinen yhdyksunta, STJUE 10 de julio de 2018: La sentencia declaró, que la actividad de predicación puerta a puerta desarrollada por la confesión, constituye, cuando los datos obtenidos sean procesados, un auténtico tratamiento de datos personales.

Asunto C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG* vs. Verbraucherzentrale NRW eV, STJUE de 29 de julio del año 2019: El TJUE consideró que la instalación del conocido

como botón, “*Me gusta*”, de *Facebook* por parte de una página web, convierte a la misma, en corresponsable del tratamiento junto a la red social.

Asunto C-507/17, *Google LLC vs. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)*, STJUE de 24 de septiembre del año 2019: En la citada sentencia, el TJUE analizó la aplicación mundial del derecho al olvido, considerando que, aunque no se encuentra prohibido, en principio, la retirada de ciertos resultados de búsqueda debe realizarse únicamente en las versiones del buscador perteneciente a los distintos estados miembros y no, a los estados sitios fuera de la Unión.

Asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited*, STJUE de 3 de octubre de 2019: El contenido declarado ilícito debe ser retirado por las redes sociales, tanto si es reproducido en iguales términos por otros usuarios, o en sentido similar, debiendo aplicarse lo anterior a escala mundial.

STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 de junio de 2020: En ella, se considera a la voz como un dato personal que para ser tratado, requiere del consentimiento del afectado. Datos identificación: Roj: STS 815/2020.