

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

TRANSFERENCIAS
INTERNACIONALES DE DATOS
DE CARÁCTER PERSONAL ILÍCITAS

Prólogo

MANUEL DESANTES REAL

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Alfonso Ortega Giménez

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9135-564-9

DL NA 2018-2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

*A Elsa, que entró en mi vida,
no cambió el argumento de este libro,
pero sí el argumento de mi vida.*

NOTA SOBRE EL AUTOR

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ es Doctor en Derecho, 2014, Licenciado en Derecho, 2000; y, Máster en Comercio Internacional también por la Universidad de Alicante, 2001. Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Vicedecano de Grado en Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Director del Máster online en Internacionalización de la empresa, organizado por el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE).

Consultor de Derecho internacional privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), desde el segundo semestre del curso académico 2008/2009. Además, es Consejero académico de PELLICER & HEREDIA ABOGADOS.

Ha sido Director del Observatorio de la Inmigración de la ciudad de Elche, desde diciembre de 2011 hasta agosto 2015, y es Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración.

Miembro del Consejo Asesor de la Revista *Economist & Jurist*. Miembro del Consejo Asesor de *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. Responsable de la Sección de Derecho Internacional Privado de la Revista Boliviana de Derecho. Responsable de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Iberoamericano. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana (Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano).

Inscrito en el Registro de Mediadores Interculturales de la Comunitat Valenciana, con el número registral ARMI233. Miembro del Consejo Académico y Rector de la Escuela Superior de Marketing (ESUMA). Miembro de la Red Española de Política Social-REPS. Miembro de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional-SLADI. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado-ASADIP. Miembro de número de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales-AEPDIRI; Miembro de la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información-ISMS Forum Spain; Vicepresidente de la Asociación del Máster en Comercio Internacional de la Universidad de Alicante-AMCI; Miembro de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo-AEDEUR; Miembro de la Asociación Castellano-Manchega de Sociología-ACMS. Miembro de la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento-DENAE. Miembro del Instituto de Derecho Iberoamericano-IDIBE.

Ha obtenido el Premio UMH 2014 a la productividad investigadora. Premio Santander al mejor Ensayo Corto convocado por la Red Cátedra Santander de Responsabilidad Social Corporativa (Convocatoria 2015). Primer accésit de la XII edición del Premio de Ensayo Breve de la Asociación Castellano-Manchega de Sociología «Fermín Caballero»-Barajas de Melo (Cuenca), 6 de julio de 2013; el V Premio Jurídico Internacional Instituto Superior de Derecho y Economía (IS-DE)-Madrid, 18 de julio de 2013; Accésit en la categoría de «Investigación» de la XVIII edición de los «Premios de Protección de Datos 2014» al trabajo de investigación titulado «La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en derecho internacional privado español». Búho de oro al mejor profesor del Curso 2013/2014 de la Escuela Superior de Marketing (ESUMA). Premio UMH al Talento Docente, año 2014. Certificado de Calidad Docente. Calificación: EXCELENTE. Programa DOCENTIA-UMH. 12 de diciembre de 2014.

Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho internacional privado, Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería, Derecho del comercio internacional, Contratación internacional, y Protección de datos de carácter personal, entre otros. Autor de diferentes artículos, notas, recensiones y comentarios relacionados con dichas materias publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras; ha participado, como autor, coautor, y/o director o coordinador, en más de 80 libros. alfonso.ortega@umh.es

Sumario

	<u>Página</u>
PRÓLOGO	19
ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	23
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I	
APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	37
I. Concepto de transferencia internacional de datos de carácter personal	37
II. Sujetos de una transferencia internacional de datos de carácter personal	47
III. Tipología de transferencias internacionales de datos de carácter personal	49
IV. Supuesto tipo	61
CAPÍTULO II	
APROXIMACIÓN NORMATIVA A LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	63
I. Régimen jurídico español de las transferencias internacionales de datos de carácter personal en función del país de destino	63
II. Control de la legalidad y del tratamiento leal de una transferencia internacional de datos de carácter personal	73
III. Transferencias internacionales de datos de carácter personal y 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 (Reglamento general de protección de datos).	75
IV. CONCLUSIÓN.	82

CAPÍTULO III

MECANISMOS JURISDICCIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DESTINADOS A GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DERIVADA DE UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL ILÍCITA	87
---	----

I. Mecanismos jurisdiccionales de resolución de controversias	88
--	----

1. <i>Determinación del tribunal internacionalmente competente en materia de transferencias internacionales ilícitas de datos de carácter personal</i>	89
--	----

1.1. Tratamiento ilícito de datos de carácter personal, derecho a indemnización, y su calificación en Derecho internacional privado	89
---	----

A. Transferencias internacionales de datos de carácter personal y Derecho internacional privado	89
---	----

B. Aplicación territorial del procedimiento de tutela que administra la AEPD: el artículo 18 de la LOPD	90
---	----

C. Derecho a indemnización: el artículo 19 de la LOPD	91
---	----

D. Supuestos	93
--------------------	----

E. Calificación de la pretensión	94
--	----

1.2. Marco normativo regulador de la competencia judicial internacional y determinación del tribunal internacionalmente competente en transferencias internacionales de datos de carácter personal	94
--	----

2. <i>Litigios derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: prórroga de la competencia (sumisión expresa o tácita)</i>	98
---	----

2.1. Sumisión expresa de las partes a favor de los tribunales de un determinado Estado	98
--	----

A. Cláusulas de elección de foro a favor de tercero: Decisiones de la Comisión Europea y Binding Corporate Rules	100
--	-----

	<u>Página</u>
B. Cláusulas atributivas de competencia en transferencias internacionales de datos entre responsables del tratamiento o a un encargado	104
2.2. Sumisión tácita de las partes a favor de los tribunales de un determinado Estado	105
2.3. Recapitulación	106
3. <i>Litigios derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita en ausencia de pactos entre las partes</i>	107
3.1. Identificación del responsable: promotor vs. receptor de datos de carácter personal	107
3.2. Determinación del domicilio del demandado.	108
A. Reclamación contra el promotor de una transferencia internacional de datos de carácter personal	109
B. Reclamación contra el receptor de una transferencia internacional de datos de carácter personal	109
3.3. C. Pluralidad de demandados: promotor y receptor de una transferencia internacional de datos de carácter personal	110
3.4. Transferencias internacionales de datos de carácter personal realizadas por sucursales	111
3.5. Recapitulación	112
4. <i>Litigios derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: el «forum delicti commissi» como alternativa al foro general del Estado del domicilio del demandado</i>	112
4.1. Determinación del Juez internacionalmente competente: el forum delicti commissi	113
A. Problemas en la interpretación del «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» en transferencias internacionales de datos de carácter personal	114
B. El titular del derecho a la protección de datos de carácter personal presenta la demanda ante los tribunales del lugar donde se localiza la acción que causa directamente el daño	115
C. El titular del derecho a la protección de datos de carácter personal presenta la demanda ante los tribunales donde se materializa el daño directo para él y producido de manera inmediata	116

4.2.	Excesiva fragmentación y necesidad de una regla especial para las transferencias internacionales de datos de carácter personal realizadas a través de Internet: el lugar del centro de intereses del presunto perjudicado	117
4.3.	Balance final y propuesta de lege ferenda: la residencia del afectado por la transferencia internacional de datos de carácter personal como foro de competencia: potenciación del favor actoris	121
	A. La residencia del afectado por la transferencia internacional de datos de carácter personal como foro de competencia	121
	B. Potenciación del favor actoris	124
5.	<i>Solicitud de medidas cautelares o provisionales en litigios derivados de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita</i> .	126
5.1.	Concepto y régimen jurídico de las medidas cautelares o provisionales en litigios entre particulares en materia de transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas	126
5.2.	Alcance de las medidas cautelares o provisionales en litigios entre particulares en materia de transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas ...	128
6.	<i>La LOPJ como regla subsidiaria para los supuestos no contemplados ni por el régimen institucional ni por el régimen convencional en materia de transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita</i>	129
6.1.	Sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales españoles	130
6.2.	Foro especial en obligaciones extracontractuales	131
7.	<i>Balance final</i>	132

CAPÍTULO IV

LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DERIVADA DE UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL ILÍCITA 135

I. Régimen de protección, transferencia internacional de datos de carácter personal y determinación de la ley aplicable según la Directiva 95/46/CE y la LOPD

1.	<i>Transferencia internacional de datos de carácter personal y determinación de la ley aplicable según la Directiva 95/46/CE</i>	138
----	--	-----

	<u>Página</u>
1.1. Ley del Estado miembro en el que se halla el establecimiento del responsable del tratamiento de los datos	139
1.2. Ley aplicable y responsable del tratamiento de los datos con establecimiento en un lugar en el que se aplica la legislación de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional público	140
1.3. Ley aplicable y responsable del tratamiento de los datos sin establecimiento en la UE y tratamiento de datos personales a través de medios situados en el territorio de un Estado miembro	141
2. <i>Transferencia internacional de datos de carácter personal y determinación de la ley aplicable según la LOPD</i>	144
2.1. Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento	145
2.2. Cuando al responsable del tratamiento no está establecido en territorio español, pero le es de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho internacional público	146
2.3. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos, «medios» situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito	146
II. El reglamento «Roma II» actual y su exclusión respecto a las obligaciones derivadas de la vulneración del derecho a la protección de datos en el marco de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita	147
1. <i>Estructura y resultado actual</i>	148
2. <i>Propuesta de futuro</i>	149
3. <i>Interpretación creativa</i>	152
III. El artículo 10.9 del Código Civil: Ley del lugar donde se produce el perjuicio para el titular del derecho a la protección de datos de carácter personal en el marco de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita	153
1. <i>Estructura y resultado</i>	154
2. <i>Interpretación creativa</i>	156

IV. Ámbito de aplicación de la ley designada para regir la responsabilidad civil extracontractual derivada de una transferencia internacional ilícita	157
V. Balance final y propuesta de «lege ferenda»: configuración de una norma de conflicto materialmente orientada a la protección de datos de carácter personal en el marco de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita	158
CONCLUSIONES	161
REFERENCIAS	
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	169
JURISPRUDENCIA DE INTERÉS	193
ENLACES <i>WEB</i> DE INTERÉS	199