

El daño que consiste en no saber si se ha producido o no una infracción y un perjuicio de datos personales

Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las fronteras del artículo 82 del Reglamento general de protección de datos.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. **Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 20 de junio del 2024, C-590/2022**

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 82, apartado 1, del *Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, 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 —RGPD—). El litigio se produce entre unos clientes y la empresa que les prestaba asesoría fiscal, concerniente a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, en virtud del artículo 82, apartado 1, del mencionado

reglamento, en concepto de reparación por el sufrimiento que alegan haber padecido debido al hecho de que, a raíz de un error cometido por la empresa, su declaración tributaria, que contenía datos personales, fue divulgada a terceros sin su consentimiento. En julio del 2020, los demandantes en el litigio principal solicitaron a PS que preparara su declaración tributaria correspondiente al año 2019. Al no recibir respuesta alguna, se pusieron en contacto con PS, que los informó de que dicha declaración tributaria les había sido enviada por correo el 29 de septiembre del 2020, sin precisar la dirección a la que se había enviado dicho correo. Los nuevos ocupantes de su antigua dirección les comunicaron que había llegado a dicha

dirección un sobre enviado a su nombre y que lo habían abierto por error. Uno de esos nuevos ocupantes indicó que, tras comprobar que no era el destinatario del envío postal en cuestión, volvió a introducir en el sobre los documentos que había encontrado en él. A continuación, se lo entregó a allegados que residían cerca de la antigua dirección de los demandantes en el litigio principal para que éstos pudieran recogerlo. Cuando los demandantes en el litigio principal recogieron el sobre de que se trata, comprobaron que únicamente contenía una copia de la declaración tributaria y una carta de acompañamiento.

Sin embargo, creen que dicho sobre contenía también la versión original de la declaración tributaria, que incluía datos personales en-

tre los que figuraban sus nombres y fechas de nacimiento, así como los de sus hijos, sus números de identificación fiscal, sus datos bancarios y también indicaciones relativas a su pertenencia a una comunidad religiosa, a la condición de persona con discapacidad de un miembro de su familia, a sus profesiones y lugares de trabajo o a diferentes gastos realizados por ellos. El órgano jurisdiccional remitente precisa que no ha sido posible determinar qué documentos se encontraban inicialmente en dicho sobre ni en qué medida los nuevos ocupantes de la antigua dirección de los demandantes en el litigio principal habían tenido o no conocimiento del contenido de ese sobre. Asimismo, indica que el envío postal en cuestión a una dirección errónea se debe a que la empresa había utilizado datos procedentes de una base de datos en la que todavía figuraba la antigua dirección de los demandantes en el litigio principal.

Indemnizable el temor al daño, pero sólo si se acredita la infracción de datos personales

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si una indemnización de daños del artículo 82 del Reglamento General de protección de datos puede basarse únicamente en la infracción de las disposiciones de dicha norma y precisa que, en Derecho alemán, sólo en los casos en que se haya acreditado un perjuicio significativo que vaya más allá de la mera infracción de una disposición jurídica puede reconocerse el derecho a una indemnización pecuniaria, siempre que dicho perjuicio no pueda repararse de otro modo. En segundo lugar, el citado órgano jurisdiccional se pregunta si el temor a que los datos personales

lleguen a manos de personas no autorizadas puede constituir, por sí solo, un daño inmaterial capaz de generar un derecho a una indemnización pecuniaria. En tercer lugar, en

particular, para que exista un derecho a indemnización por daños y perjuicios inmateriales con arreglo al artículo 82, apartado 1, del Reglamento General de protección de datos, ¿es suficiente que quien reclama tema que, como consecuencia de infracciones de las disposiciones de este cuerpo legal, sus datos personales hayan llegado a manos de terceros, sin que esto pueda establecerse positivamente?

En lo que ahora importa, la doctrina del tribunal se resume en lo siguiente:

- Primero, no puede considerarse que toda «infracción» de las disposiciones del Reglamento General de protección de datos dé lugar, por sí sola, a ese derecho a una indemnización a favor del interesado, tal como se define en el artículo 4, punto 1, de esa norma. La mención diferenciada de «daños y perjuicios» y de

una «infracción» en su artículo 82, apartado 1, sería superflua si el legislador de la Unión hubiera considerado que una infracción de las disposiciones de ese mismo reglamento pudiera bastar, por sí sola y en cualquier caso, para fundamentar un derecho a indemnización.

- Segundo, el Reglamento General de protección de datos se opondría a una norma o a una práctica nacional que supeditara la indemnización por daños y perjuicios inmateriales, a efectos de esta disposición, al requisito de que los daños y perjuicios sufridos por el interesado hubieran alcanzado cierto grado de gravedad.
- Tercero, el temor que experimenta un interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales por terceros a raíz de una infracción del citado reglamento puede constituir, por sí solo, un «daño y perjuicio inmaterial» a los efectos del artículo 82, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre del 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986, apartados 79 a 86, y de 25 de enero del 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, EU:C:2024:72, apartado 65).
- Cuarto, la pérdida de control sobre los datos personales, incluso durante un breve periodo de tiempo, puede causar al interesado «daños y perjuicios inmateriales», en el sentido del artículo 82, apartado 1, del Reglamento General de protección de datos, que den lugar a un derecho a indemnización, siempre que dicho interesado demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean, debiendo

recordarse que la mera infracción de las disposiciones del citado reglamento no basta para reconocer un derecho a indemnización sobre esta base (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de enero del 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, EU:C:2024:72, apartado 66, y de 11 de abril del 2024, *juris*, C-741/21, EU:C:2024:288). La persona que considere que sus datos personales han sido objeto de un tratamiento con infracción de las disposiciones pertinentes del citado reglamento y que reclame una indemnización sobre la base de su artículo 82, apartado 1, debe, por tanto, demostrar que ha sufrido efectivamente daños y perjuicios materiales o inmateriales.

2. Comentario

- § 1. Una condena indemnizatoria a la firma de asesoría fiscal se construiría sobre dos presunciones de hecho, a saber, que en el celebrado sobre postal existía documentación con datos personales y una presunción de que el temor a la difusión de estos datos o la *pérdida de control* sobre ellos (que no se sabe si existían) comporta la existencia de daños y perjuicios. En el Derecho romano común, una pretensión así debería ser desestimada, porque no se admitían soluciones jurídicas construidas a partir de la *superposición de dos presunciones* consecutivas.
- § 2. Observemos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no afirma que el temor —que subsigue a una infracción— o la *pérdida de control* —que subsigue a una infracción— constituyan *intereses jurídicos protegidos* susceptibles de daños en la directiva de protección

de datos, sino que pueden construir un daño o perjuicio del artículo 82, que habrá que referir siempre a los propios datos, no al temor ni al control. Es decir, el temor o la pérdida de control pueden constituir daños a los datos protegidos del artículo 82. Por eso es esencial que se pruebe la infracción, porque el simple temor vital no es un daño imputable a un tercero.

§ 3. El tribunal enfatiza que el afectado tiene que probar que aquella pérdida (presumida) le ha producido daños. Claro que no afirma, ni niega, que esta prueba pueda obtenerse por medio de una presunción. Si hay que probar el daño efectivo, la doctrina del tribunal es ilusoria, porque, si se exige (correctamente) prueba de la infracción y prueba del perjuicio, es que en efecto habrá existido una infracción con perjuicio del derecho de datos protegidos. En otras palabras, cuando el daño se infiere por presunción, no se está diciendo que con ello se indemniza el mero estado de incertidumbre en cuanto al daño.

§ 4. La necesidad de que el afectado acredite que la infracción de los datos ha comportado daños ya se declaró en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero del 2024, C-687/2.

§ 5. Esto se ve más claramente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre del 2023, C-340/21, donde constaba ya que el sistema de almacenamiento de datos de la empresa de tratamiento había sido objeto de una comunicación ilícita por obra de un ciberataque. También dice

aquí el tribunal que el *temor* al uso indebido del tratamiento posterior ilícito pueda ser un daño. Pero igual que en la sentencia actual, exige que el daño se pruebe.

§ 6. En realidad, esta exigencia es desmesurada. En ninguno de los casos se ha probado aún que terceros no autorizados hubieran tenido un acceso efectivo a esos datos. Si esto no se prueba, incluso el «manejo» inapropiado de los sistemas de seguridad no es una *infracción* por sí misma del derecho subjetivo a la protección de los datos. De haber existido la infracción, la prueba del daño no hubiera ido más allá, porque los daños inmateriales se producen *in re ipsa* cuando se acredite una infracción imputable al responsable del tratamiento, sin perjuicio de que no se prueben los daños materiales.

§ 7. En consecuencia, yo creo que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el temor como daño y perjuicio del artículo 82 equivale a sostener que, probada la infracción y acreditada su imputabilidad al responsable del tratamiento, el daño existe y ha de ser indemnizado si la infracción ha puesto a terceros no autorizados en posesión de tales datos. El *temor* de lo que puedan hacer con ellos es ya indemnizable.

§ 8. Para el *daño temido* no ha elaborado históricamente el Derecho una solución consistente en una especie de *anticipación* del daño, sino que en ocasiones (no siempre) ha previsto una especie de *cautio damni infecti* mediante la que el juez ordena al demandado (si así se aprecia) prestar una caución, y, de lo

contrario, autoriza determinadas conductas activas de autoprotección del amenazado. Nuestro Código Civil (tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para la conocida como *denuncia de obra nueva*) no incorpora una caución de esta clase, pero en los dos artículos en que prevé un supuesto parecido (arts. 389 y 390 CC) *permite que el afectado prohíba* la continuidad del estado de las cosas de peligro, como si el estado de peligro coincidiese ya con el estado de lesión efectiva. Todo esto es inservible para nuestro caso, pues ahora no se trata de evitar que se produzca el daño, sino de especular sobre si el daño se ha producido o no. No se trata aquí de un daño temido, sino del temor de que ya se haya producido un daño, que es bien distinto.

- § 9. Es inevitable referirse, siquiera como contraste, a la Sentencia del Tribunal Supremo español 600/2019, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre. La cámara de vigilancia estaba orientada al interior de la vivienda del vecino, pero la cosa era puro remedio disuasorio, pues la cámara nunca funcionó (porque nunca se había puesto en funcionamiento). El Tribunal Supremo estimó la pretensión del vecino supuestamente vigilado, en el sentido de que el *temor* y la *inquietud* de sentirse vigilado comportaba de suyo una infracción directa del derecho de intimidad personal de la Ley Orgánica 1/1982. «Esta situación fáctica [cámaras disuasorias orientadas a la propiedad vecina] es suficiente para considerar lesionado el derecho funda-

El daño por infracción de datos es daño *in re ipsa*

mental a la intimidad del demandante, toda vez que la integridad de este derecho comprende también la tranquilidad razonable para su ejercicio. El derecho del demandante a la tranquilidad de su vida privada comprende también el de no tener que soportar una incertidumbre permanente acerca de si la cámara orientada hacia su finca es o no operativa». Aunque no se construye suficientemente el razonamiento, aquí parece que se opera mediante el expediente de la creación de nuevos derechos subjetivos incluidos en el macroconcepto de *vida privada*, y no en la anticipación de los efectos del daño ni en su presunción, porque la sentencia aclara que no se está procediendo a una condena de futuro del artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Colocar cámaras que no funcionan es ya la infracción de ese derecho derivado.

- § 10. En el asunto de la cámara no operativa resultaba preciso construir un nuevo derecho paralelo de vida privada, porque la conducta del demandado no lesionaba como tal el derecho de intimidad. En efecto, la norma exige que el emplazamiento de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio tiene que ser *apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*. Había algo así como un delito imposible o, mejor, una ausencia de tipo, porque el artículo 7.2.º de la Ley Orgánica 1/1982 exige un elemento subjetivo necesario para conformar el supuesto de la infracción.
- § 11. Parece que «vivir con la intranquilidad» de no saber si uno está siendo grabado constituye un atentado independiente

del derecho de vida privada, pero «vivir en la intranquilidad» de no saber si tus datos personales han sido o no divulgados como consecuencia de una infracción de la que tampoco se está cierto no es de suyo la lesión simple de un derecho afín al de protección de datos. Claro que, entonces, bien podría proponerse para el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los afectados pudieran reclamar contra la empresa de asesoría fiscal por daños en su derecho a la vida privada, resultantes de la mera intranquilidad de que sus datos personales estuvieran siendo conocidos por efecto de una infracción. El derecho a la vida privada se encumbra sobre el derecho a la protección de datos como un derecho de más amplio ámbito de

protección del segundo, porque lo absorbería.

- § 12. Repárese finalmente en que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se detiene a juzgar si la conducta de PS llegó a ser siquiera una comunicación de datos prohibida y, aunque se hubiera probado, «una comunicación no autorizada de datos personales o un acceso no autorizado a tales datos por parte de “terceros”, a los efectos del artículo 4, punto 10, del mencionado reglamento, no bastan, por sí solos, para considerar que las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento no eran “apropiadas” con arreglo a los citados artículos 24 y 32» (STJUE de 14 de diciembre del 2023).