

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y NUEVAS TECNOLOGIAS: PROTECCIÓN DE DATOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Margarita Orozco González
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Guillermo Orozco Pardo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La clásica materia del régimen – o regímenes – de la responsabilidad civil afronta nuevos reto en el contexto del mercado digital y, en general, las nuevas tecnologías, en lo que respecta a la tutela de los intereses de los consumidores/usuarios de estas, lo que exige una revisión de la institución en aras a dilucidar su encaje en dicho contexto. Así, especialmente, en la era del Big Data y la Inteligencia Artificial, surgen dudas interpretativas a la hora de determinar la imputación de responsabilidad civil por daños, haciéndose imprescindible el estudio de las categorías clásicas buscando su aplicación a la realidad actual.

Palabras Clave: Privacidad; Protección de datos; Inteligencia Artificial; Derecho de daños; Responsabilidad civil.

ABSTRACT

The classical subject of civil liability law - or civil liability law - is facing new challenges in the context of the digital market and, more generally, new technologies, as regards the protection of the interests of consumers/users of these, This requires a review of the institution in order to clarify its place in such a context. Thus, especially in the era of Big Data and Artificial Intelligence, interpretative doubts arise when determining the allocation of civil liability for damage, making it essential to study the classic categories looking for their application to current reality.

Keywords: Privacy; Data protection; Artificial Intelligence; Tort law; Injury law; Civil liability.

INTRODUCCIÓN Y PLATEAMIENTO

Estamos, sin duda, ante la “IV Revolución Industrial”, caracterizada por un mercado digital de bienes y servicios en el que la “información” es a la vez mercancía e

instrumento de poder y los sistemas de Inteligencia Artificial – los robots y algoritmos – son utilizados por los Estados y las grandes empresas y corporaciones de forma masiva¹. Las pautas de comportamiento de los consumidores, merced a esta transformación digital del mercado, han hecho preciso consagrar una nueva categoría de derechos – los derechos digitales – conectados con bienes jurídicos tan relevantes como la privacidad, la libertad, la salud o la seguridad de las personas². Este impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la inteligencia artificial supone un desafío para las distintas áreas del Derecho que deben dar respuesta a esas demandas, creando incluso nuevas ramas” del ordenamiento jurídico” – el llamado “Derecho Digital”³ – para evitar que tal fenómeno suponga la vulneración de los derechos fundamentales de la ciudadanía y cambios en los sistemas de poder de las democracias occidentales⁴.

Ello no obstante, el “exceso regulatorio” también puede ser un problema más que una solución y ha de abordarse la tarea normativa teniendo presente la interconexión de los distintos sectores, tal y como sucede en este caso entre la protección de datos y la inteligencia artificial⁵. En las siguientes líneas, haremos un análisis del concepto y las “funciones” actuales de la responsabilidad civil, no solo como fundamento de un derecho a la reparación, ni un mero mecanismo pasivo de respuesta al daño, sino como un medio proactivo de disciplina y solidaridad social especialmente necesario en el contexto de la muy probable evolución derivada de las demandas antes enunciadas a las que el Derecho debe dar cumplida respuesta.

1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPCIÓN ACTUAL

El llamado “Derecho de daños” abarca hoy una diversidad de supuestos que nuestro Código Civil no pudo prever en el momento de su aprobación y, sin embargo, sigue aportando los principios/mandatos y los criterios/valores para abordar la compleja

1 Vid. Balaguer Callejón, F.: “La constitución del algoritmo”. Zaragoza, segunda edición de 2023

2 Vid. Gallego Torres, A.: “Derecho del consumidor en la Unión Europea. Transformación digital transición ecológica”, Revista El Notario del Siglo XXI, número 105, página 148 y siguientes.

3 Vid. Barrio Andrés, M. “Manual de Derecho digital”. Madrid, 3ª edición de 2024.

4 Vid. Debas, F., Cippitani, R. y Torres Assiego, C.: “Inteligencia Artificial y modernización jurídica y social”. En la obra: “Inteligencia Artificial e plataformas digitais nas relações de trabalho”. .AM2 editora, Brasil, página 77 y siguientes.

5 Vid. Peralta Gutiérrez, A. y Torres López, L.: “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”. En la obra: “El derecho y la inteligencia artificial”. Granada, 2022, páginas 189 y siguientes.

problemática que, en este caso, está referida a la responsabilidad civil derivada de los daños que se deducen del tratamiento de datos personales, considerada como una “actividad de riesgo”. Nuestro Código civil recoge de una manera “bifronte” la Responsabilidad derivada de los incumplimientos contractuales – artículo 1101 y siguientes – que regulan el régimen general de la R.C. por el incumplimiento de las obligaciones con carácter subsidiario o supletorio al régimen de las leyes especiales (STS1ª 12/09/2008) y la llamada Responsabilidad civil extracontractual derivada de la culpa o negligencia, que supone una infracción del mandato “*naeminen laedere*”, recogida en los artículos 1902 y siguientes CC, que consagran un “reproche culpabilístico” por el incumplimiento de ese deber genérico de diligencia exigible en atención a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (STS 1ª 18/12/2019). Como consecuencia de la influencia del Common Law, se ha ido introduciendo un matiz “ejemplarizante” en nuestro sistema de RC, que ha dado lugar a la aplicación del concepto de los *daños punitivos*, apuntando así un matiz de “disciplina social” a lo que era un mero instrumento *resarcitorio*. No obstante, se ha de señalar, en el pronunciamiento del TJUE aquí analizado parece descartarse la posibilidad de su contemplación en el contexto de la indemnización en este ámbito, al señalarse que no contribuye a la finalidad resarcitoria que preside la obligación contemplada en la norma europea. De otra parte, si la RC era entendida como una consecuencia derivada “a posteriori” de un “ilícito civil” – infracción del deber genérico de diligencia – se ha ido consagrado como un “instrumento activo” al servicio del presunto perjudicado – el “derecho de indemnización” – que consagraron normas como la LORTAD ex artículo 17.6 – para supuestos de daño o lesión en sus bienes o derechos, norma que se mantiene en el artículo 19 de la posterior LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal, tónica que cambiará con el RGPD 2016/679 y la consecuente LOPDGDD 3/2018, en relación con esta materia.

Por otra parte, podemos distinguir “*grosso modo*” la “obligación de medios”, propia de los contratos de servicios, y la “de resultado”, vinculada al contrato de obra. En la primera, el cumplimiento se mide en base a la diligencia del sujeto responsable en orden a la

6 Art. 17. 3. Los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, **sufran daño o lesión** en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 4. 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. 5. En el caso de los ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

adopción de las reglas que disciplinan su “*Lex Artis ad hoc*”, según las circunstancias del caso concreto, por lo que el “acto profesional” ha de atenerse a los concimientos científicos, el manejo de las habilidades profesionales – saber concebir, saber hacer – y el respeto a los imperativos éticos y legales que disciplinan su actividad. En el segundo caso, se atiende al “resultado”, en relación con el objeto del contrato o actuación: es un parámetro puramente objetivo, que se mide por *reglas técnicas*, lo que “objetiviza” su responsabilidad. En este punto, conviene resaltar que nuestro Tribunal Supremo ha establecido que la obligación de las empresas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos **no puede considerarse una obligación de resultado**, ya que no basta con diseñar los medios técnicos y organizativos necesarios, también es necesaria su correcta implantación y su utilización de forma apropiada, de modo que también responderán por la falta de diligencia en su utilización (STS 3ª 702 de 27/02/2023).

En este punto, la STS3ª 188/2022 de 15/12/2022 establece una “mixtura” que implica ese *plus* de responsabilidad: “La obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales no puede considerarse una obligación de resultado, que implique que producida una filtración de datos personales a un tercero exista responsabilidad con independencia de las medidas adoptadas y de la actividad desplegada por el responsable del fichero o del tratamiento”. Por tanto, en el caso de “obligaciones de resultado” existe un compromiso consistente en el cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando el logro o resultado propuesto, en este caso garantizar la seguridad de los datos personales y la inexistencia de filtraciones o quiebras de seguridad. En las “obligaciones de medios”, en cambio, el compromiso que se adquiere es el de adoptar los medios técnicos y organizativos, así como desplegar una actividad diligente en su implantación y utilización que tienda a conseguir el resultado esperado con medios que razonablemente puedan calificarse de idóneos y suficientes para su consecución, por ello se las denomina obligaciones “de diligencia” o “de comportamiento”. La diferencia entre los citados conceptos radica en la responsabilidad en uno y otro caso. Mientras que en la obligación de resultado se responde ante un resultado lesivo por el fallo del sistema de seguridad, cualquiera que sea su causa y la diligencia utilizada, en la obligación de medios basta con establecer medidas técnicamente adecuadas e implantarlas y utilizarlas con una diligencia razonable. Es por ello que solo resultará exigible a los responsables y encargados del tratamiento la

adopción e implantación de medidas técnicas y organizativas que, conforme al “estado de la tecnología” y en relación con la naturaleza del tratamiento realizado y los datos personales en cuestión, permitan razonablemente evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Ahora bien, en el caso concreto, el Tribunal llega a la conclusión de que las medidas adoptadas por la recurrente, como encargada del tratamiento, no fueron suficientes, ya que el programa utilizado no contenía ninguna medida de seguridad para comprobar si la dirección de correo electrónico era real o ficticia y si correspondía a la persona cuyos datos estaban siendo tratados. Como quiera que el “estado de la técnica”, en el momento de los hechos, permitía establecer medidas para comprobar la veracidad de la dirección de email y el hecho de que la filtración se produjera en última instancia por la actuación negligente de una empleada no exime a la empresa de su responsabilidad, por lo que confirma la sanción impuesta por la AEPD.

Actualmente se impone la tesis de un **único concepto de responsabilidad**, que se identifica con la idea de tener que cumplir una obligación o de compartir las consecuencias de esa conducta “ilícita”. Son los principios que inspiran una época en la que la tecnología, la contratación en masa, etc... han excedido con mucho los estrechos márgenes legales impuestos por el Código Civil y, en razón de ello, han de ser la doctrina y la jurisprudencia quienes desarrollen y modifiquen ese moderno Derecho de Daños; porque el Derecho debe dar respuestas adecuadas a esa ineludible necesidad de seguridad que los ciudadanos demandan, lo que ha llevado a consagrar nuevos principios en este campo, de prudencia, ponderación y proporcionalidad, y a tenor de ello, han perdido peso específico elementos tales como la culpa y la causalidad, en aras del principio “**pro dannato**”. En consecuencia, se afirma que “ya no hay que reparar porque existió antes una conducta reprochable, sino que hay que reparar **a secas**; que no se trata tanto de moralizar las conductas de los eventuales autores de los daños, como de asegurar las indemnizaciones a la víctimas...**la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social**”. Efectivamente, la solidaridad social impone la necesidad de asegurar la indemnización antes que discernir los fundamentos subjetivos de la misma y ello se debe a que “se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la **mano de Dios** para ver por todas partes las manos de los hombres. No hay, pues, razón sólida que aconseje la resignación”⁷.

4-Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. “Derecho de daños”. Cívitas, Madrid, 2000.

Pero es que, además, cada vez se dan más supuestos en los que concurren conductas de varios sujetos, sin que pueda determinarse siempre con claridad quién fue el responsable directo del daño, en razón de ello se ha consagrado un **sistema de solidaridad** para tales casos, pues no cabe hacer una imputación adecuada. Así el empresario responde por los actos de su trabajador, la Administración por la de sus funcionarios, la sociedad por sus socios, independientemente de que quepa repetir después contra ellos, pues lo prioritario es **asegurar la reparación**. Por tanto, existen personas por quienes se ha de responder, según el imperativo del artículo 1903 CC y posteriormente cabe repetir contra ellas, conforme al 1904 CC. No se trata tanto de una **culpa compartida** ("in vigilando - in eligendo") cuanto de la necesidad de que la víctima no soporte sola las consecuencias del daño causado. Es por ello que la jurisprudencia se dirige contra todos los autores posibles: existe una pluralidad de obligaciones, cada una de ellas soportada por un sujeto diferente, pero con objeto idéntico, pues en todas ellas existe una misma obligación⁸. No obstante, ello no debe llevarnos a consecuencias extremas, pues acentuar el *rigor* de estos principios llevaría ineludiblemente a que nadie pudiera o quisiera realizar aquellas actividades susceptibles de un riesgo tal que hace desaparecer el benéfico previsible o la motivación para actuar. Para "equilibrar" esta situación, se consagra la teoría de la concurrencia de culpas o de causas, pues son supuestos en los que esta obligación de responder se mitiga o desaparece al mediar la conducta de la víctima: se ha de determinar si hay una causa decisiva y eficiente del resultado (STS 1ª 124 de 24/02/2017). Por tanto, se debe resarcir todo evento dañoso en el que no aparezca clara la razón por la cual la víctima deba soportarlo sola. Esta situación nos ha llevado a una **sociedad de seguros**, en la medida de todo el que realiza una actividad susceptible de crear un riesgo viene obligado a cubrir esa eventualidad mediante un contrato que lo prevenga, sea de seguro o de indemnidad, siendo éste muy frecuente en el tratamiento de datos.

2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO.

Haciendo una simplificación esquemática, podemos decir que para que se pueda hablar de responsabilidad es preciso que concurren tres **presupuestos**:

5- Cfr. STS 1ª 403 de 15/06/2016.

A - UN ACTO U OMISIÓN ILÍCITOS

Se trata de una conducta voluntaria por parte del sujeto que transgrede el mandato imperativo consagrado por la Ley: no dañar a nadie. Puede consistir en una conducta positiva, llevar a cabo un comportamiento, o bien omitir una actuación debida. No existe en el campo civil un "catálogo" de tipificación de conductas, como sucede en el Derecho Penal, sino que se parte de ese tipo ideal de conducta diligente que se espera de un ciudadano medio, por lo que la antijuridicidad no penal se funda en la transgresión del mandato genérico "alterum non laedere", sin que sea precisa la infracción de una norma jurídica concreta. No obstante, el Derecho consagra determinadas circunstancias en las cuales se elimina el presupuesto de antijuridicidad que eximen al autor del acto: la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio del propio derecho, cuando este no se haga de una forma abusiva. Por tanto, la "esencia de la culpa" consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso. Para delimitar esa "diligencia exigible" ha de atenderse al tipo de actividad de que se trate y a la "previsibilidad" del resultado, como presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del daño. Para ello debemos analizar si medió la conducta diligente que cabe esperar de una "persona normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso" y, en este punto, debemos recordar que el artículo 5.2 RGPD establece una "responsabilidad proactiva" del responsable del tratamiento, en cuanto al cumplimiento de los principios de tratamiento de datos – y el respeto de los derechos del interesado – imponiéndole la "carga de la prueba", pues afirma que debe ser "capaz de demostrarlo" (Cfr. STS1ª 1200 de 16/12/2008).

B – EL DAÑO: CONCEPTO, VALORACIÓN Y NATURALEZA

Daño es el detrimento o destrucción en sus bienes que una persona sufre como consecuencia de cualquier evento, pero no se trata del lucro cesante que tiene un carácter futurible, el daño es una realidad actual, que implica una pérdida o disminución de carácter patrimonial o personal que se padece. Existe también un "daño moral" equivalente a un sufrimiento o erosión psíquica, que la persona puede sufrir en sus bienes o valores espirituales, sea por un ataque a sí mismo o a un tercero. Jurídicamente, daño es toda

perturbación o deterioro que una acción delictiva causa a las personas o a sus bienes, pero en el campo civil está referido al menoscabo, deterioro o perjuicio que no proviene de delito, pero que da lugar a la obligación de resarcir. Dentro de este concepto jurídico civil del daño caben distintas figuras, hemos de resaltar el de “daño emergente”, referido a la pérdida real y efectiva que sufre el patrimonio del lesionado y el llamado “daño negativo o lucro cesante”, que se refiere a la ganancia razonablemente esperable que deja de percibir como consecuencia del anterior. La distinción entre ambos tiene su origen en el Derecho Romano en el que, en un principio, la obligación del responsable del daño alcanzaba hasta el valor de la pérdida o minusvaloración ocasionada. Posteriormente, esta obligación se extendió también al lucro cesante o daño negativo. Para aclarar esta diferencia surge el concepto de daños y perjuicios, identificando el daño con la pérdida o detrimento real sufrido y el perjuicio con la ganancia, lucro o beneficio que se deja de percibir. En consecuencia, la expresión "daños y perjuicios" supone una duplicidad de conceptos que no siempre han de ir unidos, pues se puede ocasionar un daño real y efectivo sin que ello implique perjuicios inmediatos. Ambos pueden ser personales, sean corporales o morales, o bien de naturaleza patrimonial.

Por otra parte, el “daño moral” afecta a la esfera espiritual de la persona, por cuanto atenta contra aspectos, valores o bienes de la personalidad del sujeto afectado, tengan o no una realidad física. Consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, un impacto emocional o espiritual que ocasiona impotencia, zozobra, ansiedad, pesadumbre, angustia, inseguridad o incertidumbre. Su origen lo encontramos en la clásica STS 1ª de 142 de 6/12/1912, que aplicó el artículo 1902 CC a un supuesto de intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de unas personas por un diario. Dentro de este concepto, cabe distinguir:

a) “Daño directo”: está referido a la lesión que se opera de modo inmediato contra un bien inmaterial de la persona: honor, imagen, etc... En este campo, la L.O. de 5/5/82 presume que, si existe la intromisión, existe el daño, sin entrar en motivaciones o finalidades, pues la importancia de estos bienes jurídicamente protegidos y su relevancia social así lo imponen. Así la STS 1ª 92 de 11/2/92 entendió que el ataque al honor de una persona se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de la familia, como en el ámbito social externo y, por lo tanto, profesional, en que cada persona desarrolla su actividad. Este tipo de daños suelen causarse en los casos de lesión a la intimidad, honor,

etc., por vía de la relación entre informática y libertades⁹.

b) “Daño Indirecto”: se produce como consecuencia mediata de un daño material o personal: pérdida de la reputación crediticia, inseguridad económica como consecuencia de la inclusión ilícita en un fichero de “morosos” (STS1ª 946/2022 de 20/12/2022 y SAP Coruña Sec.4ª 318/2020 de 29/07/2020).

Este daño moral o "*pecunia doloris*" puede, a su vez, diferenciarse según se trate de un daño traducible en un interés económico, en cuyo caso el resarcimiento es fácil de llevar a cabo: la pérdida de prestigio y clientela profesional por haberse dado unos datos o informaciones erróneas sobre la solvencia económica de un profesional o comerciante (Cfr. STS 1ª 480/2022 de 24/11/2022 y 8/2023 de 1/11/ 2023). Más problemático es el caso en que ese daño moral no tiene una traducción o evaluación económica directa, pues en estos casos se consideró que estábamos más ante una pena que ante un resarcimiento¹⁰. Sin embargo, la moderna doctrina admite este "*pretium doloris*", pues si bien con el dinero no se puede devolver el bienestar moral anterior, si pueden, sin embargo, obtenerse con él nuevos goces que compensen aquellos que fueron arrebatados por la conducta injusta. Se trataría de, al menos, mitigar el dolor que el daño produce en el patrimonio moral de la persona, ya que este no puede restablecerse en su estado inicial. Todo ello deducimos que el concepto jurídico de daños y perjuicios es *plurisemántico*, pues posee una diversidad de proyecciones, sean personales o patrimoniales. Una vez probado el daño, sea incluso por presunción objetiva, surge la obligación de resarcir, con independencia de su importe, salvo que concurren circunstancias de exención, como las antes comentadas. La determinación de su cuantía esta encomendada a los Tribunales, quienes se valen de los medios adecuados al caso: tasación, precio, peritos, etc. (STS1ª 262/2015 de 27/5/2015).

Cuestión diferente es la determinación de los perjuicios sufridos, que han de probarse en su efectividad y cuantía, salvo supuestos de indemnizaciones pactadas

9 Vid. AAVVV.: El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital. Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S. directores. Marcial Pons, Madrid, 2020.

10 La STS 4290/2015, de 23/10/2015, afirma que es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien entiende que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

previamente por las partes. Técnicamente, la teoría de los daños y perjuicios tiene su aplicación principalmente en el campo del Derecho de obligaciones. Cuando se produce el incumplimiento, el Derecho reacciona contra el patrimonio del sujeto, con la finalidad de obtener de éste bienes suficientes para restaurar el desequilibrio patrimonial que su conducta ha ocasionado a la otra parte. Pero ello no se agota en este campo, dado que se ha extendido a otros supuestos en los cuales la conducta de una persona produce una perturbación en la esfera personal o una disminución en el patrimonio de otra. Ya de antiguo la Jurisprudencia ha afirmado que los preceptos legales que disciplinan el incumplimiento son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones (STS 19/12/1916).

En concreto, los daños y perjuicios pueden originarse a partir de diversos supuestos:

- a) De los incumplimientos contractuales (1115 CC).
- b) De la concurrencia de un hecho previsto, como causa en el propio contrato: así el siniestro cubierto por el contrato de seguro (1791CC).
- c) Cuando lo han previsto las partes, estableciendo una cláusula que origina la obligación de indemnizar: cláusula penal (1152 CC).
- d) En los supuestos en que ha lugar a responsabilidad según la Ley (arts.1902, 1905 y otros CC).

Como puede observarse, en unos casos el resarcimiento posee un carácter de recurso subsidiario y en otros actúa como objeto inmediato de responsabilidad. Ha sido definida esta obligación de daños y perjuicios como " la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por la conducta injusta del obligado, satisfaciendo al perjudicado aquellos que se le originaron" (STS1ª 1564/2008 de 12/09/2008). Ahora bien, no todo perjuicio supone una lesión reparable, dado que, para que la obligación de repararlo se produzca, "es necesario que la causa determinante del mismo sea antijurídica, entendiéndose, por esto, en síntesis, aquélla cuyas consecuencias el sujeto no está obligado a soportar, tal y como nos recuerda la jurisprudencia" (STS 3ª11324/1992 de 23/04/1992). En este punto, cabe recordar la postura de nuestro Tribunal Supremo al respecto, que queda manifiesta en la relevante STS, 1ª, 826/2022 de 24/11/2022 que, en base al art. 9.3 LOPDH, dispone: "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". En consecuencia, pone de relieve la línea que a tal efecto viene manteniendo: "en la STS 592/2021, de 9 de septiembre, dijimos, citando la 130/2020, de 27 de febrero: "Esta sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, Rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)". Se trata, por tanto, "de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio". " [L]a inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LORD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas". Para valorar este segundo aspecto, afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. "También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados". La sentencia 512/2017, de 221 de septiembre, declara que una "indemnización simbólica", en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso. "No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la

indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido, sino que es posible que no alcance siquiera a cubrirlos gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”¹¹.

En relación con el contenido de esta obligación, hemos de decir que, básicamente, consiste en restablecer el patrimonio del sujeto en la misma situación que ostentaba antes de producirse el evento dañoso. Para ello hemos de tener en cuenta dos conceptos arriba mencionados: el daño efectivo (“*damnum emergens*”) y la ganancia pérdida (“*lucrum cessans*”), tal y como sanciona el artículo 1106 CC. Para evaluar ese daño efectivo no podemos detenernos en la mera valoración del objeto específico sobre el que recae aisladamente considerado, sino que hemos de tener en cuenta que tales bienes están en relación con el resto del patrimonio del afectado de manera, que esa pérdida de valor del objeto del daño puede repercutir en los demás. Por otra parte, la cuestión de los perjuicios es más complicada, pues se trata de un concepto de más difícil cuantificación y prueba. No es lo mismo alegar, cuantificar y probar un daño efectivo referido a hechos ya sucedidos, que hacerlo respecto de unas posibilidades de futuro, muchas veces indeterminadas y aleatorias. La Jurisprudencia ha asentado un criterio más o menos claro: las ganancias cuya percepción se frustra no han de ser dudosas y contingentes, no cabe pues basar la condena en daños y perjuicios en meras y simples suposiciones; así cabe pensar que existe ese lucro cesante cuando la ganancia se hubiese producido desplegando una diligencia normal, cuando

11 Abunda sobre ello la STS1ª 80/2022 de 02/02/2022 cuando afirma: “En la sentencia 613/2018, refiriéndonos a lo declarado en la 81/2015, de 18 de febrero, dijimos que: “[...] el perjuicio indemnizable ha de incluir el daño patrimonial, y en él, tanto los daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables (por ejemplo, el derivado de que el afectado hubiera tenido que pagar un mayor interés por conseguir financiación al estar incluidos sus datos personales en uno de estos registros), como los daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios (puesto que este tipo de registros está destinado justamente a advertir a los operadores económicos de los incumplimientos de obligaciones dinerarias de las personas cuyos datos han sido incluidos en ellos) y también los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa” y concluye: Lo que se acaba de consignar pone de manifiesto que la sentencia recurrida redujo la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia de forma injustificada y sin apreciar y valorar adecuadamente las circunstancias relevantes del caso. Y no solo. “La redujo de forma tan marcada y significativa que convirtió una indemnización de justo contenido reparador, a la vista de las circunstancias del caso, en una indemnización meramente simbólica, con lo que también contravino la doctrina de la Sala que señala que una indemnización simbólica tiene un efecto disuasorio inverso, puesto que “[...] No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”.

dependiera de una simple aceptación, o de una condición potestativa o del transcurso normal de los acontecimientos. Existen otras muchas posibilidades que no se contraen al supuesto del daño material, ya que pueden deducirse otros daños personales, error médico sobre la base de datos inexactos, decisión administrativa o privada en base a un tratamiento inadecuado de datos económicos obsoletos, o daño moral como consecuencia de la pérdida o fuga de datos sensibles sobre ideología, religión, salud, etc.

A la hora de imputar esta obligación, el Código distingue al deudor de buena o mala fe, a tenor del artículo 1107 CC, el primero responde de aquellas consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento; el segundo de todas aquellas que conocidamente se deriven de aquella circunstancia. Sin embargo, la Jurisprudencia ha incidido en la necesidad de un nexo causal entre daños y conducta: ambos deudores responden de aquellos daños y perjuicios que estén directamente unidos o conectados con el hecho causante. Por ello el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios previstos y los previsibles al tiempo de constituirse la obligación, mientras el doloso responde incluso de aquellos que no fueran previstos o no podían preverse, y además no puede acogerse al función moderadora del Tribunal que beneficia al anterior en los casos de negligencia, recogida en el artículo 1103 CC. Siguiendo el ejemplo anterior, si el fallo no se debe a una conducta dolosa, deberá hacer frente el causante a aquellos daños previstos en el contrato y los que normalmente hubiera podido preverse: reparación o sustitución, pérdida de clientes, etc. Pero no cabe alegar que algunos proveedores se han desligado del perjudicado o las posibles ganancias derivadas de una futura campaña de ofertas, etc. El deudor doloso pagará incluso daños y perjuicios no previsibles pero conectados con el acto generador: encarecimiento de productos, pérdida de cartera, créditos lesionados, etc.

En cuanto a la liquidación para determinar la cuantía, esta puede operarse por las mismas partes según acuerdo entre ellos, anterior o no al evento, por la propia Ley, como hace el artículo 1108 CC, o por decisión judicial. En todo caso, deberá el que la reclama probar el daño y los perjuicios, pudiendo establecerse su cuantía durante el proceso o en la fase de ejecución de sentencia, siempre que deriven de hechos acreditados en la misma. Al ser una cuestión de hecho, su apreciación queda reservada a la soberanía del juzgador. Todo ello debe aplicarse a los distintos supuestos que se pueden plantear en el campo del tratamiento de datos personales, si bien la valoración y alcance de los daños y perjuicios se

deberá hacer atendiendo a cada caso en concreto.

En conclusión, podemos afirmar que, como se ha constatado, la tipología y alcance de los daños y perjuicios es muy diversa, pues a su producción pueden concurrir distintos factores y agentes causantes, lo cual implica la necesidad de solucionar cada caso concreto según tales circunstancias. Para ello, debemos valernos de las normas generales que disciplinan la responsabilidad para cada uno de los tipos de esta, pues no existe un régimen jurídico específico y concreto al que podamos acudir. El carácter objetivo o subjetivo de la misma nos lo indicará el tipo de obligación, medios o resultado, que el sujeto se comprometiera a asumir. Cuando el daño provenga de la intromisión en la intimidad o transmisión de datos sensibles sin consentimiento del afectado, los responsables o encargados del tratamiento responderán por sí mismos y por los hechos causados por sus empleados, merced a las normas de responsabilidad "*in eligendo*", impuestas para ellos por el Ordenamiento.

A - EL NEXO CAUSAL

Entre el daño y la acción debe haber un vínculo de causalidad, en la medida en que esta ha sido la causa que origina la lesión o menoscabo. A veces hay varias causas que concurren a la producción del daño y en otros casos hay que discernir cual de ellas es la que lo ha ocasionado. En este tema existen dos posiciones: una teoría de la "equivalencia", según la cual se considera causa del daño toda acción que contribuye al resultado lesivo de suerte que, sin ella, no se habría producido. La teoría de "causalidad adecuada" defiende que el vínculo entre ambos ha de ser suficiente y adecuado, de manera que la causa sea apta para producir aquel daño que se le atribuye. Por tanto, el resultado ha de ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la acción. Esta doctrina de la causalidad adecuada o eficiente es la que aplica nuestra jurisprudencia, tal y como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 30/12/95 y 3/5/97, pero, como dice esta última, "siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, **como consecuencia necesaria**, el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad,

dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el art. 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir". Con ello se pone de manifiesto esa línea *objetivizadora* de la responsabilidad, que trasciende el mero fundamento culpabilista, pero sin llegar al extremo de dotarla de una "rigidez" que pudiera llevar a consecuencias injustas. La clave, pues, no está solamente en la conducta típica definida por el "standard jurídico" de la diligencia debida, tal y como nos recuerda la sentencia antes citada cuando afirma: "(...) todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evadir el perjuicio". Por tanto, quiere decir el Supremo que, cuando consta la conducta omisiva del sujeto, unida a la inversión de la carga de la prueba, a la presunción de culpabilidad y a la teoría del riesgo, surge la obligación reparadora.(STS 1ª 5/10/2006). En definitiva, para la imputación de responsabilidad, sea cual sea el criterio – objetivo o subjetivo – que se utilice es *requisito indispensable* la determinación del nexo causal entre la conducta del agente causante y la producción del daño y la fijación del nexo “tiene un carácter indefectiblemente factico, y por ende probatorio” (STS 1ª 30/11/2005).

Este nexo se "rompe" cuando interviene un elemento externo, que puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, entendidos como eventos imprevisibles o inevitables no imputables al sujeto, la acción de un tercero y la conducta del propio perjudicado, si bien estas dos últimas han de ser valoradas para conocer cual es su grado participación en el evento dañoso.

B – LA CULPA

Supone una mayor o menor consciencia de inobservancia del deber de actuar con

la diligencia exigible adecuada al caso. Se habla de dolo cuando el sujeto prevé la posibilidad de producir el daño y tiene intención de causarlo. Hay culpa cuando se omite la diligencia debida y se produce un daño no querido pero previsible. La Jurisprudencia aplica el principio de “inversión de la carga de la prueba” cuando la realidad del daño es innegable y, consecuencia, será el autor del riesgo, y no la víctima, quien deberá acreditar que empleó toda la diligencia debida para impedir que se causara el daño (Cfr. STS 1ª 19/07/2007 y 16/12/2008). Toda vez que concurren estos elementos surge la obligación de reparar el daño, ya sea específicamente, la misma cosa o bien dañado, o por su valor económico; tal y como afirma la STS de 6/5/97, la indemnización debe tender a restaurar el estado anterior al evento dañoso, comprendiendo las reparaciones y las pérdidas de ingresos, si bien estos límites pueden “infringirse” en ciertos casos (v.gr. razones de urgencia SAP Malaga, Sec. 6ª, de 30/12/96). Para ello, se atiende al acuerdo de las partes o al criterio de los Tribunales, pero sin entrar a valorar el grado de culpabilidad del sujeto, pues hoy se ha producido la objetivación de este fenómeno.

Veamos a continuación, siquiera brevemente, los tipos de responsabilidad civil que serían aplicables al objeto de nuestro estudio.

3 COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre **débito** y **responsabilidad**, entendido aquél como el deber de cumplir la prestación convenida por el contrato y ésta como la obligación de resarcir las consecuencias del incumplimiento, soportando el deudor ese **poder de agresión** conferido al acreedor para obtener el resarcimiento. Por ello algunos autores plantean el hecho de que fuera del contrato no hay responsabilidad, sino un deber jurídico de resarcir sancionado por la Ley, para cada caso. Para ellos, la responsabilidad contractual es un medio de garantía para el acreedor, que funciona después del incumplimiento contractual, mientras que el acto ilícito produce el deber de reparar el daño por imperativo legal y, por tanto, sería una **obligación legal**. No obstante, la doctrina actual ha elaborado una **categoría intermedia** que sería la **conducta social típica** que, basándose en el contrato, entronca con la obligación legal y que se deduce de algunos preceptos del Código Civil, como luego veremos.

A tal efecto, hemos de tener en cuenta que la realidad social de nuestros días, merced a la evolución tecnológica, presenta multitud de supuestos no incardinables fácilmente en las dos categorías arriba enunciadas. Así nos lo recuerda la SAP Granada, Sec. 3ª, de 11/3/97, cuando afirma que "la temática reparadora de este litigio no se puede incardinar en uno solo de los dos clásicos campos de la culpa – contractual y extracontractual – entendidos como contrapuestos, sino que el fenómeno es más complejo y, al igual que ocurre en el acontecer cotidiano de la vida presente, donde el devenir fáctico se anticipa a toda regulación jurídica, de ahí que un principio básico en nuestro ordenamiento es la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas – art. 3.1 C.C. – es incuestionable que el Juzgador, ante el dato objetivo del perjuicio sufrido, tenga que admitir la intercambiabilidad de los principios que inspiran la culpa y sin llegar a una objetivación de la responsabilidad en el orden civil, los conceptos de solidaridad, inversión de la carga de la prueba, adopción de las más mínimas precauciones, riesgo creado, etc., sean comunes a la culpa contractual y extracontractual, al igual que que la regulación derivada de los artículos 1103, 1104, 1106 y 1107 del Código no sea de exclusiva aplicabilidad a la culpa convencional, sino que abarca a las obligaciones que nacen en acto ilícito, pues la parca regulación del Código civil impone integrar las lagunas existentes mediante la aplicación analógica de los preceptos relativos a las obligaciones en general, dado que, aún existiendo indiscutibles y claras **diferencias** entre la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse también las grandes **semejanzas** que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art.1103, resultados contrarios a la equidad". En definitiva, la acción de responsabilidad civil contractual y la extracontractual son perfectamente compatibles en un mismo procedimiento, cuando sean demandadas distintas personas por acaecimiento de unos mismos daños (Cfr. STS 20/6/89 y 7/02/2008).

4 APLICACIÓN AL TRATAMIENTO DE DATOS COMO ACTIVIDAD DE RIESGO

Desde la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos Europeo (en adelante, RGPD), allá por el año 2016, son muchos los conceptos y cuestiones controvertidas que han requerido la interpretación jurisprudencial. Sin embargo, en el mes de mayo de este año, ha sido objeto de una cuestión prejudicial, presentada ante el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea, el análisis de un aspecto, hasta hoy, escasamente abordado: la responsabilidad civil por daños ocasionados por la inaplicación del RGPD.

Nos referimos a la STJUE, Sala Tercera, de 4 de mayo de 2023, asunto C-300/21, UI y Österreichische Post AG, presentada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria).

Los hechos que la motivan traen causa del tratamiento de datos realizado por Österreichische Post, en el marco de su actividad, sin el consentimiento del titular, por el cual, valiéndose de la extrapolación estadística, pudo inferir la afinidad del demandante con un determinado partido político austriaco. Pese a que no tuvo lugar ninguna cesión a terceros de esa información, el demandante se sintió ofendido por tal asociación con el partido en cuestión. Ello se materializó, como se subraya en el pronunciamiento, en un daño de carácter psicológico o moral, por cuanto “la circunstancia de que se conservaran en el seno de la referida sociedad datos relativos a sus supuestas opiniones políticas le causó una importante contrariedad, una pérdida de confianza y un sentimiento de humillación.” (Pto. 12 STJUE 4/05/23). Ello motivó la interposición de una demanda, en el órgano jurisdiccional competente en su país de residencia, en el que solicitaba el cese del tratamiento y la condena a la sociedad en cuestión al abono de una indemnización por daños y perjuicios inmateriales por un valor de mil euros. El órgano conocedor, estimó la primera pretensión, no así la segunda. Tal fallo fue reafirmado en apelación por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria), el cual se basó en el hecho de que, en aplicación del Derecho nacional austriaco, la vulneración de la normativa de protección de datos no ocasiona per se daños y perjuicios inmateriales, y el derecho a la indemnización solo nace cuando, probándose su existencia, tales daños revistan un determinado “umbral de gravedad”. Este pronunciamiento fue objeto de recurso por ambas partes ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria), el cual desestimó el recurso de casación interpuesto por Österreichische Post contra la obligación de cesación que se le había impuesto en las instancias anteriores, y decidió presentar la cuestión prejudicial, objeto de este análisis, a fin de clarificar algunas cuestiones clave en relación con el posible derecho de indemnización de los daños y perjuicios en los casos de vulneraciones de la normativa de protección de datos, a la luz del RGPD. A modo de resumen, las cuestiones se sintetizan en estas tres: en primer lugar, si el derecho a la indemnización por daños, reconocido en el art.

82 RGPD, exige que, además de un incumplimiento de la norma, se constate que el titular ha sufrido daños y perjuicios consecuencia del mismo, o si tal infracción de la normativa ya basta para que nazca la obligación de resarcir. En segundo lugar, se consulta si, además de los principios de efectividad y equivalencia, en el Derecho de la Unión se contemplan otros requisitos en aras a la cuantificación de la indemnización y, en tercer lugar, si es acorde con el Derecho de la Unión la exigencia de que los daños y perjuicios sufridos revistan una especial gravedad, requiriendo, por tanto, que alcancen un determinado umbral para que puedan generar el derecho de su resarcimiento, “más allá de la contrariedad causada por la misma” (Pto. 20 STJUE).

Partiendo de ello, se analiza cuál es el sentido de la normativa europea a este respecto, atendiendo a las previsiones contenidas en el RGPD. Así, en primer lugar, el considerando 75 contempla la existencia de riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas por la posibilidad de que los tratamientos de datos ocasionen daños “físicos, materiales o inmateriales”, cuestión que se reitera en el considerando 85. En el mismo sentido, el considerando 146 establece que el responsable o el encargado del tratamiento habrá de indemnizar cualquier daño o perjuicio que se ocasione a una persona como consecuencia de un tratamiento que infrinja lo dispuesto en el Reglamento; asimismo, añade que “el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, de modo que se garantice la “indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos”. Ya en el art. 82 RGPD encontramos el reconocimiento expreso de dicha obligación de resarcimiento, que recae sobre cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento, como establece el apartado 2 del citado precepto.

Del análisis de esta regulación, a criterio del Tribunal, se desprende que, puesto que no existe ninguna remisión expresa al marco nacional para la determinación del sentido y el alcance de los términos que figuran en el artículo 82 RGPD, se ha de concluir que se trata de conceptos autónomos del Derecho de la Unión, que deben contemplarse desde una perspectiva homogénea para todos los Estados Miembros. A la luz de lo anterior, se concluye que tal deber de indemnizar requiere el cumplimiento de tres requisitos cumulativos, que se desprenden del art. 82: la existencia de un daño o perjuicio, una infracción del RGPD y un nexo causal entre los dos anteriores. De ello se infiere que, para que nazca tal obligación, no

basta simplemente que se constate una vulneración de lo dispuesto en el RGPD (Ptos. 32 y 36 STJUE), puesto que, como se subraya en el pto. 37 de la sentencia en cuestión, “la infracción del RGPD no conlleva necesariamente daños y perjuicios”. En tal sentido, se ha de diferenciar el concepto de “infracción”, de la noción de “daños y perjuicios”, puesto que el primero es objeto de multas administrativas y otras sanciones, tal y como se prevé en los arts. 83 y 84 RGPD, con un ánimo eminentemente punitivo y ajenos a la exigencia de la constatación de daños y perjuicios, lo que permite afirmar que se trata de dos vías complementarias, una sancionadora y otra reparadora.

Por otro lado, en lo que respecta a la adecuación del sistema de responsabilidad civil por daños nacional a lo dispuesto, en este contexto, por el RGPD, el Tribunal sienta que la definición de daños y perjuicios a la que se debe atender en este ámbito es una “autónoma y uniforme”, haciendo hincapié en que, en la norma, en ningún momento se exige un mínimo de gravedad en los perjuicios, por lo que no cabría la exigencia de alcance de un determinado umbral; ello, máxime, teniendo presente que el Considerando 146 hace referencia a la necesidad de interpretar el concepto de daños y perjuicios en un sentido “amplio”.

Por último, en lo relativo a la concreción del régimen que se habrá de aplicar para la constatación de la obligación de indemnizar, determinación de cuantía, etc., se concluye por el Tribunal que “el RGPD no contiene ninguna disposición que tenga por objeto establecer las normas relativas a la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios a la que tiene derecho el interesado”, de modo que “en ausencia de normas del Derecho de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere el citado artículo 82”, debiendo respetarse en todo momento los principios de equivalencia y efectividad¹².

Así las cosas, se confirma que, en este contexto, será de aplicación el sistema de responsabilidad civil por daños de cada Estado miembro, siempre que respete estas máximas de plena reparación. Al respecto, como se sienta en el pronunciamiento, y se ha defendido por el Abogado General en sus conclusiones sobre este asunto¹³, “una indemnización

12 Así se desprende de la postura reiterada de la jurisprudencia del TJUE, vid. Sentencias de 13 de diciembre de 2017, El Hassani, C-403/16, y 15 de septiembre de 2022, Uniqa Versicherungen, C-18/21, así como la de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04.

13 Conclusiones 39, 49 y 52.

pecuniaria basada en esta disposición debe considerarse “total y efectiva” si permite compensar íntegramente los concretos daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de dicho Reglamento” (Pto. 58 STJUE). A la luz de lo anterior, resulta, no solo interesante, sino necesario, a nuestro criterio, analizar el encuadre de esta obligación contenida en el art. 82 RGPD en la regulación española del régimen de responsabilidad civil por daños.

En definitiva, según la STJUE la mera infracción del RGPD no supone el fundamento a un derecho a la indemnización, si no que ha de probarse la existencia de un daño real y efectivo, material o inmaterial, que sea consecuencia lógica y adecuada de la infracción y sin que se exija una cuantía mínima para ello. Así mismo, como quiera que el RGPD no contiene normas sobre la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios derivados de su infracción, habrá de ser el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro el que fije los tipos de acciones que sirvan para asegurar el respeto a los derechos que contiene el reglamento y, en este caso, los criterios que permitan concretar la cuantía de la indemnización con pleno respeto a los principios de equivalencia y efectividad. Ya hemos podido comprobar que, a tenor de nuestro legislador y de la Jurisprudencia española y del TJUE es preciso que concurren los distintos presupuestos para que se origine una responsabilidad civil en este campo, si bien para que surja la obligación indemnizatoria ha de probarse el daño efectivo causado, por lo que puede darse la existencia de una conducta sancionable, sin que surja el deber de indemnizar al no existir daño efectivo probado (Cfr. STS¹⁴ de 31/01/2004 y 23/05/2019). En este punto, debemos tener presente que el tratamiento de datos personales, y sobre todo determinadas categorías especiales de ellos, supone una “actividad de riesgo”¹⁴ que impone un “plus de seguridad, previsibilidad y diligencia” por parte de los sujetos responsables, si bien en este punto la figura esencial será el *responsable* del tratamiento, aunque pueden aparecer otras figuras como el encargado, el destinatario o el tercero cuya conducta provoque el evento lesivo, en cuyo caso cabe que se imponga por el primero una “cláusula de indemnidad” para exigir la indemnización por la exigencia de responsabilidad que le haya sido impuesta, merced al artículo 1903 CC (Cfr.

14 Así se deduce del amplio criterio empleado en el artículo 4.12 RGPD, cuando define la «violación de la seguridad de los datos personales»: 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.

STS 1ª 1238/2023 de 29/03/2023). Efectivamente, si atendemos a lo establecido en nuestra LOPD 3/2018, los deberes de conducta impuestos a los distintos sujetos – singularmente responsable, encargado de tratamiento y delegado de protección de datos – suponen un conjunto de normas técnicas y reglas de conducta profesional muy exigentes. Además, de atenerse a los principios de protección de datos (título 2), el respeto a los derechos de las personas (título 3) y a las disposiciones aplicables a tratamientos concretos (título 4) se regula su “estatuto”, con unos altos requisitos de titulación, cualificación, eficiencia y diligencia profesional (título 5); si bien no siempre quedan muy bien delimitadas las “fronteras” de sus funciones y competencias.

A tener del artículo 28.1 LOPD, “el responsable y el encargado del tratamiento **deberán** implantar las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado Reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable”, evaluando incluso si es procedente la valoración de impacto y la consulta previa que consagra el RGPD. Ya hemos visto que la adopción de tales medidas no supone una causa de exención de responsabilidad, pero es que, además, el legislador facilita unos criterios para medir esa diligencia en el mismo precepto, pues deben atender a los “mayores riesgos que pueden producirse en ciertos casos”¹⁵.

Como puede comprobarse, estos supuestos de “diligencia cualificada” son muy

15 Art. 28., “**a)** Cuando el tratamiento **pudiera generar** situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados. **b)** Cuando el tratamiento **pudiese privar** a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales. **c)** Cuando **se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio** de las categorías especiales de datos a las que se refieren los artículos 9 y 10 del Reglamento (UE) 2016/679 y 9 y 10 de esta ley orgánica o de los datos relacionados con la comisión de infracciones administrativas. **d)** Cuando el tratamiento **implicase una evaluación** de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos. **e)** Cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos **de grupos de afectados** en situación de especial **vulnerabilidad** y, en particular, de **menores** de edad y personas con **discapacidad**. **f)** Cuando se produzca un **tratamiento masivo** que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales. **g)** Cuando los datos personales **fuesen a ser objeto de transferencia**, con carácter habitual, a terceros Estados u organizaciones internacionales respecto de los que no se hubiese declarado un nivel adecuado de protección. **h)** **Cualesquiera otros que a juicio del responsable o del encargado** pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación.

diversos y el uso del potencial implica un desplazamiento de la ponderación de cada caso a la persona del responsable y el encargado del tratamiento, cuyas funciones deberían quedar claramente especificadas a este respecto¹⁶. Ello nos lleva directamente al supuesto de “corresponsabilidad”, previsto por el artículo 29 LOPD en los siguientes términos: “La determinación de las responsabilidades a las que se refiere el artículo 26.1 del Reglamento (UE) 2016/679 se realizará atendiendo a las actividades que efectivamente desarrolle cada uno de los corresponsables del tratamiento”. En este caso, estamos ante “acciones plurales”, que concurren a un mismo resultado dañoso, con contribución causal eficiente y sin posibilidad de discernir el concreto grado de incidencia de cada una de ellas. En consecuencia, si no fuera posible determinar esa actividad efectiva individualizada en el evento lesivo, aplicaremos la llamada “solidaridad impropia”, consolidada en nuestro Derecho a tenor del artículo 1137 y ss. del CC, que puede venir impuesta *ex voluntate* o *ex lege*, que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción y surge cuando no es posible individualizar las respectivas cuotas de responsabilidad de los intervinientes, si bien queda al margen la “cláusula de indemnidad” que pueda existir entre tales sujetos, según se dijo, que no suponen un “seguro de responsabilidad civil”, pues tales cláusulas solo cobran sentido en el contexto del contrato del que forman parte y no permiten exigir responsabilidad por cualquier sanción impuesta, sino solo por aquellas imputables al tercero y no sean consecuencia de las instrucciones de tratamiento dadas por el responsable sancionado. Para el TS, el “responsable” debió de adoptar el implementar las medidas de control destinadas a comprobar que el encargado contaba con el consentimiento del afectado para tratar sus datos personales, y no lo hizo.” (Cfr. STS 1ª 551/2023 de 19/04/2023).

A modo de conclusión, cabe afirmar que la STJUE tiene un su encaje “prima facie” en el Ordenamiento español, en la medida que impone unos presupuestos de Responsabilidad Civil en la protección de datos concurrente con nuestra doctrina legal y jurisprudencial compatibles con lo establecido en nuestro Derecho – ilícito civil representado por una infracción del RGPD, un daño y perjuicio material o inmaterial consecuencia de lo anterior y un nexo causal eficiente, lógico u adecuado entre ambos. Al ser una “actividad de

16 Aunque excede del propósito de estas líneas, es interesante resaltar la STS3ª 620/2022 que analiza la aplicación retroactiva del RGPD y la LO 3/2019 y la “vigencia” del RD 1720/2007 de 13 de diciembre.

riesgo” con una exigencia de responsabilidad proactiva, en base a una obligación de medios con una diligencia técnica y ética cualificada, se imponen unos estándares de exigencia coherentes con un “plus” de exigencia y compatible con nuestro sistema de RC, que tiene a la objetivación y la unificación conceptual en base a unos parámetros objetivos de solidaridad social. Así mismo, se aplica la “solidaridad impropia” para los casos de actuación de varios agentes – responsable, encargado y terceros – con una delimitación de las “cláusulas de indemnidad” y el pleno respeto al criterio del juzgador en cuanto a la cuantificación de los daños, sobre todo del daño moral.

5 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La aprobación del reglamento UE sobre Inteligencia Artificial pretende establecer “un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de IA para impulsar el desarrollo, la utilización y la adopción en el mercado interior de la IA y que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión”¹⁷ y diseña la aplicación de la IA como una “actividad de riesgo”, con diversas graduaciones de impacto. Sin embargo, no queda claro si se va a proceder a regular la materia de responsabilidad Civil de una manera sectorial, unitaria y específica para los daños derivados de la IA o, si, por el contrario, se optará por distinguir entre la contractual y la extracontractual – y a ello se inclina la propuesta de directiva que luego comentaremos – aplicando la normativa sobre “productos defectuosos” en el campo de la contractual.

Siguiendo la estructura antes concretada en orden a la Responsabilidad Civil, debemos asumir que la utilización de la IA en sus diversas categorías debe encuadrarse en la categoría de una “actividad de riesgo” con distintas graduaciones, por cuanto el “ilícito civil” en este caso sería la generación de una información de salida errónea o sesgada, la adopción de una “decisión automatizada” lesiva – actividad – o bien la ausencia de esa información de

17 Cfr. REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de junio de 2024.

salida – omisión – de la que se derivan daños y perjuicios de distinta naturaleza. Asimismo, hemos de tener presente que esta materia está íntimamente ligada con la de la Protección de datos personales, arriba comentada, dado que la IA se “alimenta y entrena” con tal información, de manera que cualquier decisión que se adopte debe ser coherente con el régimen jurídico antes analizado¹⁸.

Así las cosas, cuando hablamos del “**daños**” causados por “sistemas autónomos” – Robots – en este campo no podemos establecer categorías “cerradas”, ya que estos pueden ser de diversa índole y pueden ser personales, morales, de cuantía no limitada, y los “patrimoniales” si pueden ser limitados por ley o convenio, salvo los derivados directamente de un daño personal, evitando unos “daños derivados en cascada” de cuantía ilimitada. En relación con el “sujeto” autor del daño o el “responsable” de su actuación – *aquiliana* o por hecho ajeno – tengamos presente que no se reconoce “personalidad jurídica” a los robots¹⁹, por lo que éstos no son titulares de derechos y deberes, lo cual nos lleva a la necesidad de determinar quién debe ser el responsable. Para ello debemos analizar el “grado de incidencia” o de aportación de cada miembro de la “cadena de actuación de la IA” y su aportación al evento lesivo, teniendo presente el nivel de autonomía de la “máquina inteligente”, el nivel de incidencia de la aportación de cada sujeto (fabricante, productor, diseñador, técnico del software, proveedor de la información, importador, distribuidor, vendedor, operador, usuario).

Es evidente que no basta con una aplicación directa del régimen de los productos defectuosos, ya que, para empezar, la definición de “producto defectuoso” en términos de mera falta de “seguridad” no puede contener en su seno la complejidad de los sistemas de IA en sus distintas categorías, pues esa “ausencia del nivel de seguridad esperable por una persona prudente y responsable” puede provenir de diversos factores o elementos integrantes del sistema IA: el diseño, el proceso de fabricación, el software, la información aportada, el “entrenamiento, el manejo o cualquier otro factor relevante. Por tanto, puede haber un defecto de diseño, de fabricación, de información o de uso, siendo determinantes o estar condicionados unos por los otros.

Siguiendo las directrices de este régimen de los productos defectuosos, el

18 Vid. Diaz Alabart, S.: “Robots y responsabilidad civil.”. Madrid, 2018.

19 Vid. AAVV: “Los robots y el Derecho”. Madrid, 2018 paginas 7 y siguientes.

“perjudicado” viene obligado a probar la existencia del daño, la existencia del defecto y el nexo causal entre ambos, lo cual supone asumir este sistema como “*quasi objetivo*”, al presumir la “culpa”, por ser una actividad de riesgo. Al margen de las precisiones antes hechas, al hablar de protección de datos, con relación a la tipología de daños y su prueba y cuantificación, debemos tener presente la especial complejidad de los sistemas de IA y las dificultades de acceso a la prueba que ello plantea. Por otra parte, también debemos tener en cuenta cuales serían los supuestos de exención de responsabilidad por “ruptura del nexo causal”, siendo especialmente complicado aplicar el de intervención de un tercero ajeno al sistema IA, la de “culpa concurrente” del usuario y la del estado de la técnica. A nuestro juicio, tales supuestos deben ser tasados y con las siguientes precisiones:

En el caso de culpa “exclusiva” del perjudicado, esta debe ser probada por el fabricante. Cuando se debió a la concurrencia de un defecto y la conducta del perjudicado, se minora el alcance de la indemnización. Si se debe a intervención de un tercero, debe indemnizar el fabricante y repetir contra el sujeto que intervino; si el fabricante “prueba” que el defecto no le es “imputable o puede establecerse claramente que se debe a una causa ajena a su intervención”, se fabricó el producto ateniéndose a unas normas “imperativas” vigentes en ese momento – por ejemplo, datos suministrados – podrá quedar exento. Si se demuestra que el producto no se ha puesto en circulación o no se ha fabricado para su venta o distribución con fines económicos en su actividad profesional, habrá que aplicar el régimen general. Cuestión diferente será la exención cuando se fabrique el “robot” en un momento en el que el “estado de la técnica” no permitiera prever la posibilidad del riesgo o “defecto”, si bien cuando sean sistemas IA que interactúen con personas vulnerables, tal contingencia debe quedar incluida en la cobertura. En todo caso, el contrato de seguro debe ser un elemento necesario y obligatorio, en todo caso, con sistemas de IA de riesgo y, sobre todo, en los de “alto riesgo, así como los fondos de garantía de cobertura de indemnizaciones.

De otro lado, un sector doctrinal se decanta por aplicar el régimen de responsabilidad por riesgo combinado con la normativa de productos defectuosos, según hemos visto, pero con un régimen propio para el “operador” dada la complejidad del concepto. En su fase “inicial” éste ejerce el control sobre el riesgo asociado al sistema IA, pues define sus características tecnológicas y proporciona datos y el servicio final de apoyo. Por tanto, el operador inicial o final, ejerce un control sobre el sistema y obtiene un beneficio

de la actividad de riesgo. Al resto de sujetos se le seguiría aplicando un régimen de responsabilidad “objetiva” cuando sean sistemas de “alto riesgo” y, para el resto, el régimen de responsabilidad por “negligencia” de matiz subjetivo. A la vista de todo ello, cabe hacer una serie de precisiones, pues resulta necesario determinar el concepto de “productor” del sistema IA o de una parte relevante del mismo, con especial atención a quien ponga su “marca” – ello hace preciso un “Registro o matrícula” de tales sistemas – así como incluir a desarrolladores, programadores, prestadores de servicios y operadores finales. Tengamos presente que aquí es relevante el papel de diseñador del software, el proveedor de información, el “entrenador” del algoritmo y el operador final del sistema, lo cual nos lleva al delicado problema de delimitar el nivel de incidencia en la causación del daño de cada uno de ellos. Es decir, qué incidencia tiene cada factor, parte, componente del “producto de sistema IA” y cuál ha sido el determinante del “fallo”, para imputar la consecuente responsabilidad por “conurrencia de causas/culpas” y, si ello no fuere posible de determinar, habrá que optar, sin duda, por la “solidaridad”. En consecuencia, se deberían revisar conceptos como el de “producto”, “productor”, incluir nuevos sujetos intervinientes en la cadena – técnico o diseñador del software, proveedor de la información y el de “operador del sistema IA – y ampliar el concepto de defecto, ya que la actual normativa es insuficiente para abarcar la complejidad de esta problemática²⁰.

Unido a lo anterior, habría que replantear los conceptos de consumidor o usuario, distinguir con claridad los supuestos cuando el perjudicado sea empresario o profesional, delimitar la figura del tercero perjudicado, no incluido en estas categorías (“*Bystander*”), pues esta problemática excede de las relaciones de consumo hasta ahora reguladas por nuestro Derecho.

Finalmente, haremos una breve mención a la Propuesta de Directiva *relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial* (Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 496 final), en la que queda patente la dificultad de probar el acto ilícito y la identidad del “causante” del daño en tan compleja relación jurídica, se proponen medidas para facilitar el acceso a la prueba por parte del perjudicado y para identificar al sujeto responsable, asentando una “presunción de causalidad”. Su ámbito de aplicación se circunscribe a la responsabilidad civil “extracontractual”, incluida la del

20 Vid. Herrera de las Heras, R.: “Aspectos legales de la Inteligencia Artificial”. Madrid, 2022.

Estado, si bien excluyendo la penal, aplicable a todos los daños y perjuicios ocasionados por culpa o negligencia derivados de los sistemas de IA. Entre sus aportaciones más relevantes, destacamos que los Tribunales podrán ordenar la revelación de pruebas en casos de daños por IA de “alto riesgo”, si bien los demandantes deben probar haber hecho “esfuerzos proporcionados” para obtener la prueba. En todo caso queda protegido el “secreto” profesional/industrial, pues solo debe aportarse la información precisa para demostrar el daño. También es destacable la “presunción iuris tantum” de culpa en ciertos casos limitados: sistemas de IA de alto riesgo con difícil prueba del nexo causal y otros sistemas, cuando existan pruebas accesibles suficientes.

En definitiva, se trataría de un régimen de responsabilidad por culpa – cuasi objetivo – con dos vertientes, contractual y extracontractual, en la que habría que hacer una serie de adecuadas adaptaciones de la normativa de los productos defectuosos, en la línea apuntada por la doctrina. A nuestro entender, es necesario hacer un régimen unificado y completo de carácter horizontal graduado por la tipología de sistemas de IA, coordinado con la normativa de seguridad de los productos y servicios y que debe ser aplicado en el Derecho interno de los Estados, impidiendo que ninguno de ellos eluda el nivel medio exigible de responsabilidad en su mercado interior, admitiendo supuestos de exención o cláusulas abusivas de exclusión o limitación de responsabilidad. Doctrina y Jurisprudencia deberán, asimismo, fijar criterios claros para supuestos de daños morales y daños punitivos, en línea con la citada Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV.: *Los robots y el Derecho* (Rogel Vide, C., Coord.). Reus, Madrid, 2018.

AAVVV.: *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital* (Arroyo Amayuelas, E. y Cámara Lapuente, S., Dirs.). Marcial Pons, Madrid, 2020.

Balaguer Callejón, F.: *La constitución del algoritmo*, Editorial Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

Barrio Andrés, M.: “Manual de Derecho digital”. Tirant Lo Blanc, Madrid, 2024.

Debasa, F., Cippitani, R. y Torres Assiego, C.: “Inteligencia Artificial y modernización jurídica y social”. En la obra: *Inteligencia Artificial e plataformas digitais nas relações de trabalho*. AM2 editora, Brasil, 2024.

Díaz Alabart, S.: *Robots y responsabilidad civil*. Reus, Madrid, 2018.

Diez Picazo y Ponce De León, L.: *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 2000.

Gallego Torres, A.: “Derecho del consumidor en la Unión Europea. Transformación digital transición ecológica”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 105.

Herrera de las Heras, R.: *Aspectos legales de la Inteligencia Artificial*. Dykinson, Madrid, 2022.

Peralta Gutiérrez, A. y Torres López, L.: “Marco normativo de la inteligencia artificial en el ámbito comparado”. En la obra: *El derecho y la inteligencia artificial*. Editorial Universidad de Granada. Granada, 2022.