



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: La transferencia internacional de datos personales en la Unión Europea: especial referencia al Brexit de Reino Unido.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: Panel 4: Cuestiones de actualidad en materia de contratación electrónica en el contexto único digital de la Unión Europea.

NOMBRE Y APELLIDOS: Alejandro Platero Alcón.

PROFESIÓN: Doctor en Derecho Civil.

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Profesor de la Universidad de Extremadura.

RESUMEN:

SUMARIO: I.- La supresión del conocido como *Safe Harvor*. II.- La escasa validez del sistema *Privacy Shield*. III.- La transferencia internacional de datos con Reino Unido tras el Brexit. IV. Conclusiones

Resumen: El objetivo del presente trabajo consiste en descifrar el complejo entramado existente en la actualidad para transferir datos personales desde la Unión Europea a terceros países. Para ello, se analizarán dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que invalidaron los marcos normativos establecidos con anterioridad y, se reflexionará acerca de la transferencia internacional de datos con Reino Unido, tras la entrada en vigor del *Brexit*.

I.- La supresión del conocido como *Safe Harvor*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre del año 2015, conocida como *Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner*², planteaba la controversia siguiente: un joven austriaco llamado Maximilian Schrems, usuario de *Facebook*, decide presentar el 25 de junio del año 2013, una reclamación frente al comisario de protección de datos de Irlanda, por entender que *Facebook Ireland* estaba transfiriendo sus datos personales a Estados Unidos de manera ilegal, no respetando las garantías comunitarias existentes para tal fin, fundando sus pretensiones a las



revelaciones realizadas por el polémico Snowden, que reveló un indiscriminado por las

² Asunto C-362/14, Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, STJUE de 6 de octubre de 2015.

autoridades nacionales de Estados Unidos de los metadatos transferidos a su país, que permiten, “extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, la actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan”³.

El comisario Irlandés no atendió la petición del señor Schrems, por entender que las transferencias internacionales de datos se realizaban en el marco de un convenio legal existente entre la Unión Europea y los Estados Unidos. El reclamante presentó una demanda ante los tribunales de Irlanda que elevó una cuestión prejudicial doble, consistente en determinar el alcance de la actuación de las agencias independientes de protección de datos, frente a las transferencias internacionales de datos realizados conforme al marco legal vigente entre la Unión Europea y un tercer estado.

Lo que perseguía el señor Schrems, aunque no lo mencionó de forma expresa en ninguna de sus peticiones, con su demanda contra *Facebook*, era invalidar la Decisión 2000/520 de la Comisión Europea de 26 de julio del año 2000⁴, donde se estableció un acuerdo entre la Unión Europea y el Departamento de Comercio de Estados Unidos, para la transferencia internacional de datos de las personas físicas, decisión que tendría que garantizar un nivel de protección adecuado sobre los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea⁵. El acuerdo se denominó como “Puerto Seguro”, o en inglés “*Safe Harbor*” y, mediante el mismo, instauró un sistema de autocertificación, por el cual, las empresas del tercer país en cuestión, asumían la voluntad de tratar los datos de los europeos conforme a los principios allí instaurados, considerándose así, que se cumplía con el requerimiento comunitario de un nivel adecuado de protección⁶.

-

³ TRACOL, X., “Legislative Genesis and Judicial Death of a Directive: The European Court of Justice Invalidated the Data Retention Directive (2006/24 EC) thereby Creating a Sustained Period of Legal Uncertainty about the Validity of National Laws which Enacted It”, en *Computer Law and Security Review*, volumen 30, número 6, 2014, p. 741.

⁴2000/520/CE: Decisión de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América. Disposición ya derogada.

⁵ Considerando 56 de la Directiva 95/46 CE sobre protección de datos: “Considerando que los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio



internacional: que la protección de las personas garantizada en la Comunidad por la presente Directiva no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado”.

⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Algunas claves en las relaciones entre los EEUU y la UE sobre transferencias de datos de carácter personal. El acuerdo de Puerto Seguro”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, número 97, 2014, p. 58 y siguientes.

El Abogado General de la Unión Europea emitió sus conclusiones el 23 de septiembre del año 2015 y en ellas ya dejó entrever que el sistema de transferencias internacionales con Estados Unidos no era precisamente un puerto seguro, pero tampoco, como subraya irónicamente algún autor, una “isla inalcanzable”⁷.

En primer lugar, el Abogado General consideró que las autoridades nacionales de protección de datos, tienen la capacidad para poder realizar una investigación e incluso suspender, el tratamiento de datos respecto a un tercer Estado cuando consideren que en el tercer país no existe un nivel de protección adecuado⁸, considerando además en segundo lugar que resultaba tarea necesaria por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una pronunciación sobre la validez sobre el acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, entre otras razones por: “la inexistencia, en el marco del régimen de puerto seguro previsto por la Decisión 2000/520, de una autoridad independiente que pueda controlar que la aplicación de las excepciones a los principios de puerto seguro se ciña a los casos estrictamente necesarios. Pues bien, como se ha indicado, el control llevado a cabo por una autoridad independiente constituye, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, un elemento esencial del respeto a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales”⁹. También destacó la inexistencia de un órgano de Estados Unidos, ante el que los ciudadanos de la Unión pudieran dirigir sus reclamaciones frente a posibles vulneraciones del acuerdo de transferencia internacional de datos¹⁰.

-

⁷ MENDOZA LOSANA, A.I., “Transferencias internacionales de datos personales. Estados Unidos no es un puerto seguro, pero tampoco una isla inalcanzable”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 15, 2015, p. 212 y siguientes.

⁸ Conclusión 117 del Abogado General del asunto C-362/14: “Por consiguiente, para garantizar un nivel de protección adecuado de los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, las autoridades de control nacionales deben tener la facultad de abrir una investigación cuando se invoquen ante ellas vulneraciones de tales derechos. Si, una vez finalizada la investigación, dichas autoridades consideran que existen serios indicios de que, en un país con respecto al cual se ha dictado una decisión de adecuación, se ha vulnerado el derecho de los ciudadanos de la Unión a la protección de sus datos personales, deben poder suspender la transferencia de datos al destinatario establecido en dicho país tercero”.

⁹ *Ibidem*, conclusión 208.

¹⁰ *Ibidem*, conclusión 211: “además, cabe señalar que la FISC no ofrece una tutela judicial efectiva a los ciudadanos de la Unión cuyos datos de carácter personal son transferidos a



Estados Unidos. En efecto, las salvaguardias contra la vigilancia efectuada por los servicios gubernamentales en el marco del artículo 702 de la Ley de 1978 relativa a la vigilancia de los servicios de inteligencia extranjeros se aplican únicamente a los ciudadanos estadounidenses y a los extranjeros que residen legalmente y de manera permanente en Estados Unidos. Como señaló la propia Comisión, la supervisión de los programas estadounidenses de recogida de datos podría mejorarse fortaleciendo el papel de la FISC y estableciendo vías de recurso para los particulares. Estos mecanismos podrían reducir el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos europeos que no son pertinentes con fines de seguridad nacional”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 6 de octubre de 2015 y, gracias a la transferencia internacional de los datos realizada desde Europa a Estados Unidos, decide declarar inválida el acuerdo de Puerto Seguro que regía el flujo de datos de ambos países, al considerar el Tribunal que no garantizaba un adecuado nivel de protección de los datos de los ciudadanos de la Unión Europea¹¹, resultando necesario transcribir a continuación, alguno de los principales argumentos esgrimidos en la sentencia.

En primer lugar, el Tribunal razona sobre la actividad de las agencias independientes de protección de datos, considerando que su labor en la protección del derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos europeos es fundamental y por ende: *“las autoridades nacionales de control, a las que una persona haya presentado una solicitud de protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de datos personales que la conciernen, deben poder apreciar con toda independencia si la transferencia de esos datos cumple con las exigencias establecidas por la Directiva comunitaria”*¹².

Ahora bien, el fallo recuerda que la declaración de invalidez de un acto o norma comunitaria solo le corresponde al propio Tribunal, debiendo actuar la autoridad nacional independiente cuando se le presenten casos de investigaciones sobre transferencias internacionales de datos a terceros países, de dos posibles maneras: *“en el supuesto de que la referida autoridad llegue a la conclusión de que los datos alegados en apoyo de esa solicitud son infundados y la desestime por ello, la persona que haya presentado la solicitud debe disponer de recursos jurisdiccionales que le permitan impugnar esa decisión lesiva para ella ante los tribunales nacionales (...) esos tribunales están obligados a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez si estiman que uno o varios de los motivos de invalidez alegados por las partes o, en su caso, suscitados de oficio son fundados (...) En el supuesto contrario, cuando esa autoridad considere fundadas las alegaciones expuestas por las persona que le haya presentado una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales, la referida*

¹¹ HERNÁNDEZ RAMOS, M., “Una vuelta de tuerca más a las relaciones en materia de protección de datos entre la UE y los Estados Unidos. La invalidez de la Decisión Puerto Seguro”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 39, 2016, p. 10 y siguientes.



¹² Apartado 57 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner, Asunto C-362/14, de 6 de octubre de 2015.

*autoridad debe tener capacidad para comparecer en juicio*¹³. También, como ha planteado la doctrina, podrán evidentemente, suspender la transferencia internacional de datos cuando lo consideren oportuno en virtud de las evidencias presentadas¹⁴.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide pronunciarse sobre la validez de la Decisión 2000/520 por la que se establece el acuerdo de Puerto Seguro, comenzando para ello por delimitar, el concepto de un nivel de protección adecuado, exigencia determinada en la normativa comunitaria de protección de datos. En este sentido, la sentencia considera que: *“debe entenderse la expresión nivel de protección adecuado en el sentido de que se exige que ese tercer país garantice efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la Unión (...) resulta que es el ordenamiento jurídico del tercer país al que se refiere la decisión de la Comisión el que debe garantizar un nivel de protección adecuado. Aunque los medios de los que se sirva ese tercer país para garantizar ese nivel de protección pueden ser diferentes de los aplicados en la Unión para garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de esa Directiva entendida a la luz de la Carta, deben ser eficaces en la práctica para garantizar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la Unión”*¹⁵.

En el anexo número uno de la Decisión 2000/520 se encontraba una excepción a la aplicación de los principios sobre el tratamiento de datos reguladas en la misma, ya que, se permitía no aplicar los mismos a las empresas de Estados Unidos, cuando resultara necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley. Una excepción injustificada, así en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *“dado el carácter general de la excepción prevista en el anexo I, párrafo cuarto, de la Decisión 2000/520, ésta hace posibles así injerencias, fundadas en exigencias concernientes a la seguridad nacional, el interés público y el cumplimiento de la ley de Estados Unidos, en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos personales se transfieren o pudieran transferirse desde la Unión a Estados Unidos. En ese sentido, para demostrar la existencia de una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada carece de relevancia que la*

¹³ *Ibidem*, apartados 64 y 65.

¹⁴ SKRINJAR, M., “Schrems v. Data Protection Commissioner (Case C-362/14): Empowering National Data Protection Authorities”, en *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, nº 11, 2015, pp. 265 ss. ¹⁵ *Ibidem*, apartados 73 y 74.



información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia (...) además, la Decisión 2000/520 no contiene ninguna constatación sobre la existencia en Estados Unidos de reglas estatales destinadas a limitar las posibles injerencias en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos se transfieran desde la Unión a Estados Unidos, injerencias que estuvieran autorizadas a llevar a cabo entidades estatales de ese país cuando persigan fines legítimos, como la seguridad nacional”¹⁶.

En virtud de lo anterior este Tribunal ya tenía argumentos para considerar inválido el sistema de Puerto Seguro de Protección de Datos personales, pero es que además, consideró que el acuerdo vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión Europea¹⁷, aduciendo al igual que el Abogado General de la Unión, la inexistencia de un órgano ante el que imponer reclamaciones por violaciones del acuerdo por parte de empresas de Estados Unidos. Así, en palabras de la sentencia: *“de igual manera, una normativa que no prevé posibilidad alguna de que el justiciable ejerza acciones en Derecho para acceder a los datos personales que le conciernen o para obtener su rectificación o supresión no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta. En efecto, el artículo 47, párrafo primero, de ésta establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. En ese sentido, la existencia misma de un control jurisdiccional efectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Derecho de la Unión es inherente a la existencia de un Estado de Derecho”¹⁸.*

Por todo lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró, gracias a una solicitud de un usuario de *Facebook*, que consideró que la transferencia internacional de datos realizada por la citada red social a Estados Unidos, no cumplía con las exigencias comunitarias sobre protección de datos, la invalidez del régimen de

¹⁶ *Ibidem*, apartados 88 y 89.

¹⁷ Para profundizar sobre el mismo, obsérvese la obra de, LÓPEZ ESCUDERO, M., “Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en la obra colectiva coordinada por Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, editado por la Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 739 a 758.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 95.

Puerto Seguro de transferencia de datos entre Europa y Estados Unidos¹⁹. Sobre la citada sentencia, se ha destacado el relevante papel que otorga a las agencias independientes de protección de datos, a las que algún autor ha denominado los “superhéroes de la protección de datos”²⁰, considerándose, en este sentido que, “por un lado el TJUE refuerza la idea de la independencia de



las autoridades de control que ya venía manteniendo en su jurisprudencia anterior y, por otro, consolidad el papel de las mismas como máximos guardianes de los derechos fundamentales en lo que respecta al tratamiento de datos personales”²¹.

También sobre la importancia de la sentencia se ha distinguido otras dos contribuciones importantes, aparte del empoderamiento de las agencias de protección de datos, así, “por primera vez, el TJUE consideró que la injerencia del acto normativo no respetaba el contenido esencial del derecho a la privacidad y, en segundo lugar, al identificar que la intrusión no respetaba la esencia de ese derecho, no fue necesario llevar a cabo un análisis de proporcionalidad, como si se realizó, en cambio, en *Digital Rights Ireland*, donde la invalidez de la Directiva se basó fundamentalmente en el resultado de este test”²². Aunque en este sentido, existen autores que lamentan la falta de citación por parte del TJUE al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al declarar la invalidez, de la decisión por vulneraciones de derechos fundamentales²³.

La consecuencia lógica tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia era evidente, se hacía necesario reformar el sistema de transferencia de datos con Estados Unidos²⁴, por ello, ambas partes se pusieron a negociar y adoptaron un nuevo sistema, el conocido

¹⁹ RECIO GAYO, M., y ÁLVAREZ CARO, M., “La declaración de invalidez del Acuerdo de Puerto Seguro entre la UE y los EEUU por el TJUE (C-362/14)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, número 57, 2016, p. 110 y siguientes.

²⁰ PEERS, S., “When super-regulators fight: the one stop shop in the proposed Data Protection Regulation”, en *EU Law Analysis blog*, 2015, en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/03/basic-data-protection-principles-in.html>, (consultado el 26 de agosto de 2019).

²¹ PUERTO, M.I., y PIETRO SFERRAZZA, T., “La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, en *Revista Derecho del Estado*, número 40, 2018, p. 230.

²² URÍA GAVILÁN, E., “Derechos Fundamentales versus vigilancia masiva: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 Schrems)”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 53, 2016, p. 276.

²³ CALLEWAERT, J., “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, en *Journal Européen des droits del homme*, número 32, 2014, p. 500. ²⁴ LAPUENTE GUTIÉRREZ, L., “Cómo transferir datos personales a EEUUefectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre "puerto seguro" ("safe harbor)”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, número 76, 2015, p. 47 y siguientes.

como “Escudo de Privacidad” o en inglés, “*Privacy Shield*”²⁵. El sistema actual, se basa en procesos de autocertificación, pero de revisión anual, novedad respecto al anterior sistema, de suerte tal que, las empresas deben cumplir en cada momento los principios de privacidad allí expresados, aunque estos se modifiquen, además debe destacarse en el sistema actual de transferencia



internacional de datos que, se interponen límites al acceso de los datos por parte de los organismos públicos de Estados Unidos²⁶.

Además, se articulan sistemas para proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión, como es la creación de un sistema alternativo de resolución de conflictos y además podrán, “dirigirse además a las autoridades nacionales de control, al Departamento de Comercio y a la Comisión Federal del Mercado de Estados Unidos. El acuerdo también crea un panel de resolución de controversias para cuando hayan fracasado las demás opciones de reparación. Y no olvidemos, la nueva figura del Defensor creada solamente a los efectos del amparo de los damnificados por los flujos de datos hacia Estados Unidos. A parte de estas posibilidades, los ciudadanos europeos, sin necesidad de ser residentes en territorio americano, ahora ya pueden acudir ante los tribunales estadounidenses para solicitar su auxilio en caso de ver vulnerado su derecho a la protección de sus datos personales”²⁷.

Lo cierto es, concluyendo ya el análisis del régimen derivado de transferencias internacionales de datos, el nuevo sistema ha despertado una serie de críticas, considerando algunos autores que solo cumple de manera parcial las exigencias descritas en la sentencia objeto de análisis²⁸ y, otros plantean dudas entre la compatibilidad del nuevo sistema y la normativa actual de protección de datos²⁹.

-

²⁵ Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU.

²⁶ GÓMEZ SANTOS, M., “Del puerto seguro al “privacy shield” las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen”, en la obra colectiva coordinada por Sosa Olán, H., *Reflexiones sobre Derecho Privado Patrimonial*, Ratio Legis, Madrid, 2017, pp. 245 ss.

²⁷ CHICHARRO LÁZARO, A., “El nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos para la transferencia de datos personales compartidos en redes sociales”, obra colectiva coordinada por Herrero Gutiérrez, F.J., *Del Verbo al bit*, Sociedad Latina de Comunicación Social, Madrid, 2017, p. 1060.

²⁸ TERPAN, F., “EU-US Data Transfer from Safe Harbour to Privacy Shield Back to Square One?”, en *European papers: a journal on law and integration*, volumen 3, número 3, 2018, p. 1046 y siguientes. ²⁹ BLASI CASAGRAN, C., “Nuevo régimen jurídico para la transferencia de datos entre la UE y los Estados Unidos ¿Es compatible con la normativa europea de protección de datos?”, en *Revista General de Derecho Europeo*, número 42, 2017, p. 195 y siguientes.