



ANEXO A LA MAIN SOBRE LAS CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO EMITIDAS EN RELACIÓN CON EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El día 30 de octubre se recibe el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 2017, relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal, por el que se adapta el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de esos datos.

El Consejo de Estado resume su criterio en los siguientes términos (páginas 140-141):

“Concluido el examen del Anteproyecto, entiende este Consejo que deben efectuarse unas valoraciones finales de carácter general, empezando por destacar el loable esfuerzo que se ha desplegado y sostenido a lo largo de su preparación, abriendo un amplio proceso de consulta pública previa, contando con la relevante aportación de órganos muy cualificados (Comisión General de Codificación) para elaborar la primera versión de la proyectada nueva Ley Orgánica y sometiendo esta última a una minuciosa documentación y a un proceso de audiencia pública y consideración por parte de todas las entidades y organismos afectados. El resultado de ese modo de proceder es un texto de buena factura y de elevado nivel técnico, cualidades que se ajustan a la entidad e importancia de la tarea normativa a acometer.

Junto a ello, destaca este Consejo la complejidad de la materia a la que se refiere el Anteproyecto, que ha tenido que partir de una previa regulación y cuerpo de criterios muy consolidados y se ha desenvuelto en un contexto muy diferente, como es el que brinda un texto tan ambicioso como el Reglamento general de protección de datos y su propósito de avanzar decididamente en contar con una regulación uniforme en todo el ámbito de la Unión Europea. En ese sentido, el presente dictamen ha prestado una especial atención al ámbito que ese Reglamento ha dejado abierto a ulteriores precisiones y aclaraciones por parte de los Derechos internos de los Estados miembros. Es de notar que las reservas y observaciones que esta consulta formula a algunos de los términos del



Anteproyecto no pasan por alto el encomiable esfuerzo y atención que el texto consultado ha prestado a esa importante y delicada materia.

Por último, son también de mencionar las exigencias que derivan en este campo de los principios de buena regulación que, en este caso, han de aplicarse a una materia en la que confluye la doble perspectiva de proteger un derecho fundamental de las personas y de no impedir o menoscabar la libre circulación de sus datos en el ámbito de la Unión Europea. Entre aquellos, cabe destacar el principio de seguridad jurídica, común al ordenamiento interno y al Derecho de la Unión Europea, y sólidamente asentado tanto en la jurisprudencia constitucional española como en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su relevancia ha llevado en ocasiones al Anteproyecto a buscar soluciones orientadas a lograr un equilibrio -no siempre fácil- entre los objetivos uniformizadores del Reglamento Europeo y las exigencias básicas que el principio de seguridad jurídica impone en un ámbito tan complejo, sometido además a un régimen sancionador que es, a la vez, abierto e intenso; seguridad jurídica, por tanto, imprescindible tanto para los operadores jurídicos como para las personas físicas cuyos derechos se trata de proteger. Un sutil equilibrio que, más allá de las dudas que pueda suscitar en aspectos concretos, ha sido lúcidamente abordado por el Anteproyecto.

En suma, este Cuerpo Consultivo entiende que la proyectada nueva legislación representará un paso positivo en el tratamiento normativo de la materia a la que se ha enfrentado.”

Se recoge a continuación un extracto de las consideraciones previas de carácter general, las observaciones al articulado, destacando en primer lugar las de carácter esencial, y los comentarios relacionados con la memoria del análisis de impacto normativo, con indicación de la página de donde ha sido extraída la observación.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE CARÁCTER GENERAL

- Pág. 34. “A *sensu contrario*, por tanto, deben eliminarse del texto del Anteproyecto todas aquellas disposiciones que sean reiteraciones innecesarias de la norma europea y que puedan suscitar dudas sobre la aplicabilidad directa de aquél o sobre la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión para su interpretación, salvo que sean indispensables para la comprensión del resto de la regulación nacional.”

Se acepta parcialmente en algunos supuestos, si bien se mantienen en otros tal y como prevé el considerando 8 al permitir que los Estados miembros tengan la posibilidad de incorporar al derecho nacional provisiones contenidas específicamente en el reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y comprensión, siendo su razón última procurar seguridad jurídica.



II. OBSERVACIONES AL ARTICULADO DE CARÁCTER ESENCIAL

Todas las observaciones a las que el Consejo de Estado atribuye carácter esencial se incorporan al Anteproyecto de Ley Orgánica.

Artículo 5

- Págs. 44-45. “Se propone, así como redacción alternativa al artículo 5.1, la siguiente (y en el mismo sentido habría que modificar la redacción de los otros dos apartados del artículo):

“A los efectos previstos en el artículo 5. 1.d) del Reglamento (UE) 2016/679, no será imputable al responsable del tratamiento la inexactitud de los datos obtenidos directamente del afectado, siempre que éste haya adoptado todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan”.

En este caso, la reproducción de una parte del artículo 5.1.d) del Reglamento tiene una indudable finalidad ilustrativa y resulta ineludible para garantizar la coherencia de la norma nacional con la regulación comunitaria.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. El cambio de enfoque se extiende también a los apartados 2 y 3 del mismo precepto, para mantener su coherencia.

Artículo 9

- Apartado 3. Págs. 55-60. “Ahora bien, el encomiable esfuerzo del Anteproyecto por proteger la seguridad jurídica no le legitima para sobrepasar el estrecho margen de actuación que el Reglamento reconoce a los Estados miembros en la regulación de esta materia.

A estos efectos, debe comenzar recordándose que, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de los supuestos legitimadores de las letras c) y e) del artículo 6.1 , el Reglamento no efectúa ninguna llamada expresa al desarrollo y concreción por los Estados miembros del supuesto contemplado en la letra f) de ese artículo. En línea de principio, por consiguiente, y en ausencia de una habilitación implícita en este sentido, debe negarse toda competencia de los Estados miembros para imponer por vía normativa



exigencias adicionales que vengan a modificar el alcance de esta hipótesis legitimadora del tratamiento.

(...)

Este sería el resultado del artículo 9.3 del Anteproyecto. Al prever que el legislador español efectúe la ponderación de intereses prevista en el artículo 6.1.f) del Reglamento general para determinados tratamientos, se impide de facto en estos supuestos la ponderación del interés legítimo del responsable del tratamiento con los derechos y libertades del interesado a la luz de las circunstancias del caso concreto; se permite establecer con carácter definitivo, en resumen, el resultado de esa valoración relativa, atendiendo al cumplimiento de las condiciones y garantías adicionales que, de acuerdo con el Anteproyecto, la ley podría exigir.

(...)

Aunque sea en aras a una siempre deseable mayor seguridad jurídica, por tanto, ha de concluirse el legislador español no puede sustituir con supuestos legalmente tasados la flexibilidad que el legislador comunitario ha querido en apariencia atribuir a la aplicación del artículo 6.1.f) del Reglamento general.

(...)

Se trata, en definitiva, de atribuir al responsable del tratamiento la responsabilidad de efectuar la correspondiente ponderación de intereses, sin perjuicio de su ulterior control por la Agencia y, en su caso, por las autoridades judiciales. El diseño, en una norma legal, de las condiciones mínimas que ha de reunir un determinado tratamiento para que pueda concluirse que el interés legítimo del responsable prevalece sobre los derechos e intereses de los afectados va en contra de esa concepción, razón por la que, a juicio del Consejo de Estado, la introducción de una norma como la contenida en el artículo 9.3 del Anteproyecto no puede hacerse sin riesgo de incurrir en un incumplimiento de la norma europea.

(...)

Por estos motivos, el Consejo de Estado considera que debe eliminarse la disposición contenida en el artículo 9.3 del Anteproyecto.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Sin perjuicio de cuanto acaba de observarse, ante la indudable conveniencia de garantizar el máximo grado de seguridad jurídica posible ofreciendo a los operadores ciertas guías en su actuación, sin perjuicio de respetar la aplicabilidad directa del Reglamento Europeo y, en todo caso, con el objetivo de asegurar su efecto útil, el



Consejo de Estado desea apuntar, como solución alternativa, la posibilidad de introducir por vía legislativa, en casos puntuales, simples presunciones *iuris tantum* favorables a la prevalencia del interés legítimo del responsable del tratamiento cuando se cumplan determinados requisitos o condiciones.

Esta solución podría resultar conforme a la flexibilidad en la ponderación de intereses y al principio de responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento que, como se indicó, persigue la nueva regulación comunitaria. Asimismo, la previsión de simples presunciones salvo prueba en contrario tendría encaje en la jurisprudencia analizada, que prohíbe establecer en una norma nacional el resultado de la citada ponderación "*con carácter definitivo (...), sin permitir un resultado diferente*", obstáculo que la solución alternativa aquí propuesta permitiría, en principio, evitar.

Con todo, la introducción de las presunciones citadas en la Ley cuyo Anteproyecto aquí se dictamina o en otros textos legales, deberá hacerse en textos con rango de ley y en términos que no dejen lugar a dudas, en primer lugar, sobre el carácter de presunción *iuris tantum*, destruible con prueba en contrario, de la regulación que se efectúa; y, en segundo lugar, sobre el efecto directo del Reglamento Europeo en relación con esta cuestión (lo que exigiría la introducción en todos los casos de la salvedad "*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6. 1.f) del Reglamento (UE) 2016/699*").

En el Título IV del Anteproyecto, varios son los artículos en los que, haciéndose uso de esta previsión del artículo 9.3, se regulan tratamientos de datos por concurrencia del interés legítimo del responsable del tratamiento. En su momento, cada uno de ellos será objeto de consideración individualizada en el cuerpo del presente dictamen."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se elimina el artículo 9.3 (apartado 3 del artículo 8, en la nueva numeración). El cambio de enfoque (para establecer presunciones *iuris tantum*) se refleja en varios preceptos del Título IV.

Artículo 13

- Apartado 2. Pág. 68. "Mayores dificultades plantea la conformidad con el Reglamento de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo 13 del Anteproyecto: "*La identidad del afectado y, en su caso, la de su representante deberá acreditarse mediante documento válido, incluido aquel que permita su identificación electrónica*". La exigencia de un "documento válido" (aunque sea en su formato electrónico) parece ir más allá de lo previsto en el Reglamento general, cuyo artículo 12.6 se limita a indicar que "*cuando el responsable del tratamiento tenga dudas razonables en relación con la identidad de la persona física que cursa la solicitud a que se refieren los artículos 15 a 21, podrá solicitar que se facilite la información adicional necesaria para confirmar la identidad del interesado*", y el considerando 64 contiene también una referencia genérica en cuanto a los medios de identificación ("*el responsable del tratamiento debe utilizar todas las medidas razonables para verificar la identidad de los interesados que soliciten el acceso*



(...)). La exclusión de otros medios de identificación alternativos al "documento válido" -de cualesquiera otras "medidas razonables" para practicar esa identificación, como un sistema de contraseñas, por ejemplo- contraviene, por tanto, lo dispuesto en el Reglamento, lo que lleva a recomendar la supresión de este artículo 13.2.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se elimina el artículo 13.2 (apartado 2 del artículo 12, en la nueva numeración).

Artículo 14

- Apartado 3. Pág. 70. "El apartado 3 de este mismo artículo 14 plantea, sin embargo, mayores dudas, al establecer que *"cuando el afectado elija un medio distinto al que se le ofrece asumirá los riesgos y los costes desproporcionados que su elección comporte"*. La redacción del precepto da la impresión de que el acceso será a cargo del interesado siempre que éste se manifieste en desacuerdo con el medio que le ofrezca el responsable del tratamiento, lo que resulta frontalmente contrario al artículo 12.5 del Reglamento, que limita esa excepción a la regla general de la gratuidad del ejercicio de los derechos del interesado a los casos en que *"las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente dado su carácter repetitivo"*. Debe, por tanto, eliminarse esta disposición del texto del Anteproyecto.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se elimina el artículo 14.3 (apartado 3 del artículo 13, en la nueva numeración).

Título IV

- Págs. 72-73. "Deben darse aquí por reproducidas, por tanto, las observaciones formuladas en el cuerpo del presente dictamen en relación con el artículo 9.3 del Anteproyecto, que llevan a concluir a la imposibilidad de llevar a cabo un desarrollo en el ordenamiento jurídico nacional del supuesto de licitud del tratamiento contemplado en el citado artículo 6.1.f), en la medida en que el mismo suponga congelar a nivel legislativo una ponderación de intereses que debe hacerse, tal y como viene reiterando la jurisprudencia, en consideración a las circunstancias del caso en particular (SSTJUE, ya citadas, ASNEF, apartado 47; y Breyer, apartado 62). En la medida en que los preceptos de ese Título IV, por tanto, se han amparado en la habilitación general contenida en el artículo 9.3 del Anteproyecto no pueden tampoco mantenerse (en los términos en que actualmente aparecen redactados).



Se analizará a continuación la regulación contenida en el Anteproyecto para cada uno de estos tratamientos concretos, formulando las observaciones que en cada caso procedan, sin perjuicio de la posibilidad de adaptar, en cada caso, la redacción alternativa, a modo de presunción *iuris tantum*, en la forma indicada al final de las observaciones al citado artículo 9.3 del Anteproyecto.”

Artículo 20

- Apartado 2. Pág. 72. “El apartado 2 debe, por el contrario, suprimirse.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción *iuris tantum*, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se cambia el enfoque del precepto para configurar su contenido como una presunción *iuris tantum* (artículo 19, en la nueva numeración).

Artículo 21

- Pág. 76. “Llegados a este punto, ha de concluirse que, dada la existencia de un pronunciamiento judicial expreso en esta materia y la nítida previsión del Reglamento de que el consentimiento para el tratamiento de datos personales sea expreso, la previsión del artículo 21 del Anteproyecto resulta contraria a la norma europea y sobrepasa los límites conferidos a los Estados miembros para su desarrollo. Por las mismas razones, la reformulación de este precepto en forma de presunción *iuris tantum* no permitiría en este caso remediar su incompatibilidad con el Reglamento Europeo.

El artículo 21 debe, en consecuencia, eliminarse del texto del Anteproyecto.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se elimina el precepto referido al tratamiento de los datos hechos manifiestamente públicos por el afectado.

Artículo 22. Disposición adicional octava

- Págs. 77-78. “Parece ser la voluntad del legislador comunitario, por tanto, que la determinación de las circunstancias en que un determinado sistema de información crediticia sea legítimo deba ser valorado caso a caso por el propio responsable. del



tratamiento y, en último término, por las autoridades de protección de datos y por los tribunales, lo que implica la desaparición de la vigente regulación sobre tales tratamientos (artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999) y la consiguiente supresión del artículo 22 del Anteproyecto y de la disposición adicional octava del mismo, vinculada al primero.

La única área de intervención del legislador nacional en estos casos sería el relativo a aquellos sistemas de información crediticia que respondan a un determinado interés público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 y 3 del Reglamento.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción *iuris tantum*, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se cambia el enfoque del precepto para configurar su contenido como una presunción iuris tantum (artículo 20, en la nueva numeración).

Con este cambio de enfoque la regulación solamente está justificada para los ficheros de insolvencia o ficheros de morosidad, no así para los ficheros de solvencia, cuya regulación se elimina.

Artículo 26

- Págs. 81-82. “(...) A la vista de lo anterior, parece evidente que la regulación anteproyectada pretende ampararse en lo previsto en el artículo 9.3 del Anteproyecto y, en último término, en el artículo 6.1.f) del Reglamento, por lo que, en línea con las observaciones ya reiteradas, debe concluirse que el legislador nacional carece de habilitación suficiente para regular estos tratamientos. Debe, por tanto, eliminarse este artículo.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la ya apuntada posibilidad de redactar estas previsiones en forma de presunción *iuris tantum*, tal y como se indicó en las observaciones al artículo 9.3 del Anteproyecto.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se cambia el enfoque del precepto para configurar su contenido como una presunción iuris tantum (artículo 21, en la nueva numeración).



Artículo 35

- Pág. 92. “A juicio del Consejo de Estado no resulta necesario -ni aceptable- forzar en esos términos la letra del artículo 37.1 del Reglamento Europeo: el mismo efecto se puede conseguir por la vía del 37.4 del Reglamento Europeo, de acuerdo con el cual, en casos distintos de los contemplados en el apartado 1, el responsable (o el encargado, asociaciones u organismos allí mencionados) podrán designar un delegado de protección de datos *“o deberán designarlo si así lo exige el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”*. De este modo, se incluye una habilitación específica para que el Derecho interno amplíe los casos en que es necesario designar un delegado de protección de datos, sin necesidad de forzar la letra del artículo 37.1 del Reglamento Europeo.

Ello impone una modificación del artículo 35.1 proyectado, que podría quedar con el siguiente o parecido tenor: *“Los responsables y encargados del tratamiento deberán designar un delegado de protección de datos en los supuestos previstos en el artículo 37.1 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en todo caso, cuando se trate de las siguientes entidades...”* (o también: *“Los responsables y encargados del tratamiento deberán designar un delegado de protección de datos, además de en los supuestos previstos en el artículo 37.1 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando se trate de las siguientes entidades...”*).

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se incorpora la redacción propuesta por el Consejo de Estado (artículo 34, en la nueva numeración).

Artículo 39

- Págs. 97-98. “A juicio del Consejo de Estado la supervisión de los códigos de conducta a que se refiere el artículo 41 del Reglamento Europeo por parte de los organismos o entidades de supervisión allí contemplados ha de preverse en relación con todos los códigos de conducta aprobados de conformidad con lo dispuesto en artículo 40 del Reglamento Europeo.

Esta observación tiene carácter esencial, a efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

Para ello, bastaría llevar el primer párrafo del apartado 3 (del artículo 39 proyectado) al apartado 2, y dejar en el apartado 3 la regulación de los organismos o entidades de supervisión y sus actuaciones que ahora se recoge en sus párrafos segundo y tercero (pero modificando el inciso inicial para que las funciones de los repetidos organismos y entidades no queden limitadas a los códigos de conducta aprobados por



ellos mismos). Para mayor coherencia, el párrafo segundo del proyectado 39.4 también podría llevarse al apartado 3, una vez configurado en los términos aquí propuestos; ello supondría también una mejor ilación entre el apartado 4 (limitado ya a su primer párrafo) y el apartado 5.

En el citado apartado 5 del artículo 39 se contempla -con buen criterio- la suspensión del procedimiento durante el tiempo que el Comité Europeo tarde en emitir el dictamen a que se refiere el artículo 64.1.b del Reglamento Europeo; pero también debería preverse la suspensión para el caso de que se plantee un conflicto de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del Reglamento Europeo. En efecto, en caso de que la autoridad de control no esté de acuerdo con el dictamen del Comité, el artículo 64.8 del Reglamento Europeo remite la resolución del conflicto al artículo 65, cuyo apartado 4 dispone que las autoridades de control no adoptarán decisión alguna sobre el asunto durante los plazos allí previstos para la resolución del conflicto. Ello exige, a juicio del Consejo de Estado, que se prevea una suspensión del procedimiento en relación con esta eventualidad.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se incorporan todos los cambios indicados en el dictamen (artículo 38, en la nueva numeración).

Artículo 49

- Págs. 111-112. “Entiende este Consejo que, al servicio de los indicados objetivos de independencia y objetividad, podría considerarse la imposibilidad de renovación del nombramiento del Presidente.

El Anteproyecto contiene una previsión específica para regular el nombramiento del Presidente de la Agencia (...) si bien debiera introducirse mayor concreción a tales requisitos puesto que, según el artículo 54.1.b) del citado Reglamento, es obligación de todo Estado miembro establecer por ley las cualificaciones condiciones de idoneidad necesarias para ser nombrado miembro de cada autoridad de control.

Además, en el proyectado régimen jurídico aplicable al Presidente de la Agencia se echa en falta la regulación de las condiciones por las que se rigen sus obligaciones, las prohibiciones relativas a acciones, ocupaciones y prestaciones incompatibles con el cargo durante el mandato y después del mismo. Se trata de cuestiones que el artículo 54.1 del Reglamento Europeo remite expresamente a determinación de los Estados por Ley.

En coherencia con el mandato del reglamento comunitario, el Consejo de Estado entiende que ha de incorporarse a la proyectada Ley un artículo o varios epígrafes al proyectado artículo 49, con la finalidad de dar adecuada y completa regulación al régimen aplicable al Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos en los aspectos antes señalados y a los que se refiere expresamente el artículo 54.1 del aludido Reglamento.



Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. En el artículo 48 (nueva numeración) se prevé expresamente la aplicabilidad al Presidente de la AEPD de la legislación reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Artículos 52-55

- Pág. 117. “Llama el Consejo de Estado la atención sobre el contenido de este artículo, su vinculación con la potestad sancionadora de la Agencia y su incidencia sobre la configuración del derecho a la protección de datos de carácter personal y del derecho al secreto de las comunicaciones. Es por ello por lo que entiende que habría que dotarlo de carácter orgánico haciendo mención expresa de ello en la proyectada disposición final primera.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. En la disposición final primera se dota a este precepto (artículo 52, en la nueva numeración) de carácter orgánico.

Artículo 56

- Págs. 121-122. “(...) No ha de perderse de vista que el Anteproyecto aborda un derecho fundamental -a la protección de datos de carácter personal- y que la Jurisprudencia constitucional se ha mostrado restrictiva incluso a la hora de enjuiciar la hipotética relación entre la ley orgánica y la ley ordinaria habiendo admitido que la ley orgánica aborde ese "desarrollo" correspondiendo al legislador ordinario la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho fundamental, lo que restringe el ámbito de actuación del Gobierno al respecto y, con más claridad, la del Presidente de una Administración Independiente-.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta además que el Reglamento Europeo no habilita a las autoridades de control para dictar disposiciones de desarrollo y ejecución para su interpretación y cumplimiento de aquél, el Consejo de Estado entiende que han de reconsiderarse esas potestades normativas del Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos, suprimiendo, de una parte, la referencia que se hace al Reglamento Europeo -por cuya aplicación deberá velar la Agencia, pero no desarrollar-, manteniendo la habilitación al Gobierno de la Nación para aprobar o modificar las disposiciones reglamentarias para la aplicación y desarrollo de lo previsto en la Ley, -siempre, como complemento indispensable en plano subordinado de la misma, en el sentido de que, la norma reglamentaria que colabora en la precisión de los mandatos de la ley orgánica es en sí misma parte integrante del grupo normativo del derecho fundamental concreto y por lo tanto, en sus determinaciones es consecuencia y



complemento de las previsiones de la ley orgánica (dictamen nº 1909/2007, de 15 de noviembre) y contemplando la potestad del Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos de dictar Circulares e Instrucciones que fijen los criterios y guías a que responderá la actuación de esa entidad en el tratamiento de las materias y cuestiones que recomienden tal explicitación de criterios.

Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.”

VALORACIÓN: Se acepta esta observación. En el artículo 55 (nueva numeración) se habilita al Presidente de la AEPD para dictar disposiciones que fijen los criterios y guías a que responderá la actuación de esta autoridad en la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, que se denominarán “Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos”.

III. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

Artículo 2

- Apartado 2. Págs. 37-38. “Mayores dudas suscita la redacción del apartado 2, en el que se enumeran cinco tratamientos distintos a los que no será de aplicación la ley orgánica. Tres de ellos (los contenidos en las letras a), b) y c)) se toman literalmente del artículo 2.2 del Reglamento (respectivamente, letras c), b) y d) de este precepto), que enumera los supuestos en los que no se aplica el Reglamento, añadiéndose otros dos supuestos excluidos: el tratamiento de datos de personas fallecidas y los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. La necesidad de añadir estas dos excepciones adicionales no es suficiente para justificar la reiteración de los demás supuestos: la exclusión del tratamiento de datos de personas fallecidas del ámbito de aplicación de la ley orgánica podría incorporarse al comienzo del artículo 3 del Anteproyecto, dedicado específicamente a estos supuestos; y en cuanto a los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas, podría incorporarse en un apartado independiente, con el siguiente tenor: *“La presente ley orgánica no será de aplicación a los tratamientos sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas”*.

Fuera de esos dos casos, los únicos tratamientos que sí se regirían por la ley orgánica pese a estar excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento serían, por tanto, los que afectan a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (artículo 2.2.a) del Reglamento general), a los que ya se refiere, como a continuación se verá, el apartado 3 del artículo, que, además, establece una aplicabilidad meramente supletoria de la ley orgánica en relación con los mismos, remitiendo su regulación a la legislación específica que en su caso exista.



Por estas razones, y pese a la loable finalidad ilustrativa de este apartado 2, considera el Consejo de Estado que debería suprimirse, con las precisiones arriba indicadas.”

- Apartado 3. Págs. 38-39. “El actual apartado 3 podría, así quedar redactado de la siguiente forma : *“Los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/670 por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica, si la hubiere, y, supletoriamente, por lo establecido en el citado Reglamento y en la presente ley orgánica”*. Una solución alternativa sería incluir una lista exhaustiva de los casos a los que se refiere el precepto, como hace el artículo 2.3 de la vigente Ley Orgánica 15/1999, teniendo en cuenta que la aplicabilidad supletoria del Reglamento y de la nueva ley orgánica podrá, en todo caso, ser declarada en esa legislación específica.

En todo caso, la referencia a “los tratamientos realizados en el ámbito electoral” resulta demasiado amplia y debería precisarse, pues no todos los tratamientos relacionados con actividades electorales quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. El considerando 56 del Reglamento Europeo se refiere, en particular, a los tratamientos de datos sobre las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en ese marco electoral, estableciendo que, si *“el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro”* tales tratamientos, podrá autorizarse *“por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas”*. Las condiciones para ese tratamiento por razones de interés público se encuentran reguladas en el artículo 41 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, cuyas disposiciones deben considerarse desarrollo válido del artículo 6.1.e) del Reglamento, en el marco del reproducido considerando.

Por lo demás, no ha de olvidarse que esa aplicabilidad supletoria del Reglamento Europeo, en los casos en principio no sometidos al Derecho de la Unión, lleva consigo la de la jurisprudencia interpretativa del mismo, así como la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia (ST JCE de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89).”

- Apartado 4. Pág. 40. “El apartado 4 del comentado artículo 2, en fin, establece que *“el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 611985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables”*. En la medida en que este apartado contemple uno de los supuestos a que se refiere el apartado 3, es innecesaria su inclusión; de optarse por la lista exhaustiva arriba indicada, habría de incorporarse a la misma.”



VALORACIÓN: Se acepta parcialmente. Se mantiene el apartado 2 del precepto, toda vez que el mismo está destinado a delimitar negativamente el ámbito de aplicación de la norma interna, que no tiene por qué coincidir con el del RGPD; por ello, se estima necesario mantener este apartado. La fórmula liminar del apartado 3 se redacta en los términos propuestos por el Consejo de Estado. Se mantiene la enumeración ejemplificativa de este apartado por considerarse clarificadora (dando nueva redacción al tratamiento de datos al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general, siguiendo la recomendación del dictamen). También se mantiene el apartado 4, que asegura la coherencia de esta legislación orgánica con la LOPJ.

Artículo 3. Disposición adicional séptima

- Pág. 41. "Sin perjuicio de lo anterior, han de formularse algunas sugerencias para mejorar la redacción de este artículo desde un punto de vista técnico-jurídico:

a) En primer lugar, se sugiere modificar la referencia que hace el apartado 2 al albacea testamentario, "así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese conferido un mandato expreso para ello", para pasar a referirse al "albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello" pues el mandato se extingue por la muerte del mandante (artículo 1732 del Código Civil), de modo que no cabe en Derecho civil español un mandante *post mortem* y solo cabría el nombramiento de un albacea particular o especial, siendo sin embargo razonable que la persona que actúe por el fallecido pueda estar designada por acto *mortis causa* o entre vivos, lo que se consigue, más correctamente, con la redacción propuesta.

Por lo demás, entiende el Consejo de Estado que sería más lógico invertir el orden de los actuales apartados 1 y 2 de este artículo, pues es más lógico nombrar primero a la persona designada para ejecutar el encargo, criterio que es, además, el seguido en otras leyes cuando se trata de ejercitar derechos en nombre o en interés de una persona fallecida (artículos 4 de la Ley Orgánica 1 /1982 y 15 de la Ley de Propiedad Intelectual).

b) En segundo lugar, la referencia del apartado 3 del artículo 3 a los representantes legales de los menores y discapacitados fallecidos debe completarse con una mención a "o por quienes hubiesen ejercido funciones de apoyo", ya que, además de los representantes legales (tutor), hay otras personas que pueden representar o asistir a las personas con discapacidad (apoderado preventivo, curador, mandatario preventivo sin poder, defensor judicial y guardador de hecho).

Por último, y todavía en relación con ese apartado 3, no es adecuado contemplar conjuntamente a los menores (desprovistos por completo de capacidad de obrar) y a las personas con discapacidad (que tienen tal capacidad de obrar que pueden hacer efectiva con el "apoyo" de curadores y otras figuras) (Convenio de las Naciones



Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad de 2006, en vigor en España desde 2008). Esa misma consideración conjunta de menores y personas con discapacidad, que debe ser evitada, figura también en el artículo 29,2,c) del Anteproyecto.

Las anteriores consideraciones deben hacerse extensivas a la redacción de la actual disposición adicional séptima del Anteproyecto.”

VALORACIÓN: Se acepta parcialmente la observación. Se introducen todos los cambios de redacción sugeridos, si bien no se altera el orden de los apartados, por considerarse preferible mencionar primero a los herederos y a continuación a los albaceas.

Artículo 4

- Pág. 43. “Por esta razón, la remisión al artículo 5.1.c) del Reglamento general en el precepto que aquí se comenta resulta algo perturbadora, como también su ubicación en la regulación de los "principios de protección de datos", abriendo el Título II del Anteproyecto. Sin perjuicio de que el principio de minimización haya inspirado la regulación contenida en el artículo 4, al tratarse de un tratamiento de datos concreto éste tendría un encaje más adecuado en el Título IV.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se traslada el precepto al Título IV (artículo 27, en la nueva numeración). Los tratamientos de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas son regulados a los efectos del artículo 86 del RGPD.

Artículo 7 (artículo 6, en la nueva numeración)

- Apartado 1. Pág. 46. “El apartado 1 constituye una mera reiteración de la definición de "consentimiento del interesado" contenida en el artículo 4.11) del Reglamento general. Debería por ello eliminarse.”

No se incorpora la observación prefiriendo mantenerlo a efectos ilustrativos, si bien se hace una mención al artículo 4.11 del RGPD.

- Apartado 2. Págs. 46-47. “El apartado 2 se refiere al supuesto particular del tratamiento de datos para una pluralidad de finalidades, precisando que, en estos casos, *"será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para cada una de ellas"*. En realidad, esta es una previsión que se desprende también fácilmente del Reglamento general, pues el artículo 6.1.a), que contempla la licitud del tratamiento basado en el consentimiento del interesado, indica que éste puede ser *"para uno o varios fines específicos"*, y el considerando 32 dice expresamente que *"cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos"*. La exigencia de que el mismo sea "específico e inequívoco" se desprende también fácilmente de la definición general del artículo 4.11) del Reglamento. Por todo ello, el



precepto constituye asimismo en este punto una reiteración innecesaria de la norma comunitaria, y puede eliminarse sin detrimento del régimen aplicable.”

- Apartado 3. Págs. 47-48. “Lo mismo cabe afirmar de lo previsto en los dos primeros párrafos del apartado 3:

(...)

Todo lo dispuesto en los dos párrafos reproducidos figura también claramente en el Reglamento, en particular en su artículo 7.2 (...). Por lo demás, la previsión relativa a las casillas premarcadas, en particular, puede estar más justificada por no encontrarse en la parte dispositiva del Reglamento, sino en los considerandos, pero lo cierto es que se trata de una disposición de carácter más reglamentario que legal, más propia de un Real Decreto que de una ley orgánica.”

VALORACIÓN: Se acepta parcialmente la observación. Se considera necesario mantener los dos primeros apartados de este precepto: el primero (definición de consentimiento), por el cambio de tradición en nuestro ordenamiento, toda vez que el consentimiento tácito (permitido en la actual regulación) queda vedado en el RGPD, sin perjuicio de lo cual se incorpora la cita del artículo 4.11 del RGPD para que no quede duda alguna sobre el origen comunitario de la definición; y el segundo, por tratarse de una previsión de mucha importancia tomada de los considerandos del RGPD, que tienen un valor interpretativo pero no forman parte del articulado. Sí se eliminan los dos primeros párrafos del apartado 3, tal y como sugiere el Consejo de Estado.

- Párrafo tercero del apartado 3. Págs. 49-50. “La regulación del consentimiento plantea, por lo demás, un importante problema de Derecho transitorio, que el Anteproyecto no parece haber abordado. Se trata de determinar si los tratamientos fundados en un consentimiento meramente tácito del interesado -válidos con arreglo a la normativa hasta ahora vigente- deben renovarse en orden a la obtención de un consentimiento expreso, de acuerdo con la nueva regulación, o si se entienden convalidados.

Esta última interpretación podría ser la correcta a la luz de lo dispuesto en el considerando 171 del Reglamento europeo, con arreglo al cual: “Cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento”.

Ahora bien, en la medida en que esa previsión se contiene en la parte expositiva del Reglamento, y que la misma está sometida a una importante condicionalidad, considera el Consejo de Estado que es un punto que debería aclararse en el Anteproyecto, pues la lectura de sus disposiciones transitorias no ofrece, en la redacción sometida a dictamen, una respuesta a esta importante cuestión.”



VALORACIÓN: Se acepta la observación introduciendo una disposición transitoria séptima. En ella se reproduce el contenido del considerando 171 del RGPD. De acuerdo con este considerando, el consentimiento tácito otorgado al amparo de la regulación actual no servirá a partir de la aplicación del RGPD, lo que significa que el responsable deberá, bien recabar nuevamente el consentimiento, si bien de forma expresa, bien encontrar un nuevo amparo para el tratamiento (eventualmente en la ponderación del interés legítimo, conforme al artículo 6.1 f) del RGPD).

Artículo 8 (artículo 7, en la nueva numeración)

- Págs. 51-52. “A la vista de cuanto precede, la rebaja a 13 años de la edad mínima para prestar el consentimiento para el tratamiento de datos personales en el contexto de los servicios de la sociedad de la información se encuentra suficientemente amparada por la habilitación a los Estados miembros que realiza el artículo 8 del Reglamento Europeo, y puede estar justificada por las razones esgrimidas en la Memoria que acompaña al Anteproyecto. Sin embargo, en la medida en que se trata de una excepción a la regla general de los 16 años establecida en la norma europea y no constando que existan otros Estados miembros que, haciendo uso de la referida atribución, hayan fijado una edad inferior, el Consejo de Estado resulta necesario reconsiderar esta previsión, para evitar la falta de homogeneidad en el tratamiento europeo de esta cuestión que de ello pudiera derivarse.”

VALORACIÓN: Se ha valorado de nuevo la cuestión, optándose por mantener la edad mínima de trece años, a la vista de los argumentos de la MAIN y la exposición de motivos.

Artículo 10 (artículo 9, en la nueva numeración)

- Apartado 1. Págs. 61-62. “(...) Sin perjuicio de esta valoración positiva, el Consejo de Estado considera que debería mejorarse la redacción del precepto, para que del mismo resulte con mayor claridad que los tratamientos de datos sensibles prohibidos son aquéllos que, por tener como finalidad principal identificarlos, pueden llevar a situaciones discriminatorias; se trata, en definitiva, de disipar las dudas que la actual redacción pudiera suscitar respecto a si el inciso "a fin de evitar situaciones discriminatorias" constituye, en realidad, una característica más que debe reunir el tratamiento de datos en cuestión para considerarlo prohibido.”

- Apartado 2. Pág. 63. “Por su parte, el párrafo segundo de este apartado 2 se refiere específicamente a dos supuestos de tratamiento de datos en el ámbito de la salud, a saber, los que exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte. El primero de estos dos supuestos (gestión de los sistemas y servicios de asistencia) se encuentra expresamente mencionado en el artículo 9.2.h) del Reglamento, al que se remite el párrafo primero del aquí comentado artículo 10.2 del Anteproyecto, y el



segundo (ejecución de un contrato de seguro, se entiende que en el ámbito de la salud) puede entenderse también fácilmente incluido bajo esa misma rúbrica de sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social. Resulta, por ello, una previsión redundante, que debería eliminarse en la medida en que, por su carácter meramente ejemplificativo, puede inducir a confusión o llevar a interpretaciones restrictivas de los supuestos contemplados en el resto del precepto.”

VALORACIÓN: No se incorpora la observación al apartado 1, prefiriéndose la referencia teleológica de la expresión “a fin de evitar situaciones discriminatorias”, para aclarar el sentido del precepto; respecto de los datos de salud, se considera oportuno dotar al consentimiento de virtualidad para permitir cualquier tratamiento. No se incorpora la observación al apartado 2 por la voluntad ilustrativa.

Artículo 12 (artículo 11, en la nueva numeración)

- Apartado 1. Págs. 65-66. “El apartado 1 reproduce algunas de las condiciones que, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento, debe reunir la información a suministrar al interesado; en particular, que sea clara y concisa, fácilmente accesible y comprensible por el destinatario, concretamente cuando se trate de un menor. Por tratarse de una reproducción innecesaria y parcial de un precepto del Reglamento, entiende el Consejo de Estado que debe eliminarse del Anteproyecto.”

- Apartados 2 a 4. Pág. 67. “Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el artículo 13 exige que la totalidad de la información que debe suministrarse al interesado se facilita en el momento en que se obtengan los datos personales objeto de tratamiento. Pese a la aplicabilidad directa de esta disposición del Reglamento, sería conveniente que el artículo 12 del Anteproyecto precisara que ese método de información "por capas" no puede en ningún caso implicar un retraso en el suministro de la información considerada como "no básica".”

VALORACIÓN: Se aceptan las observaciones. Se elimina el apartado 1. En los demás apartados se deja claro que, cuando la información se aporta “por capas”, la información no básica debe suministrarse de forma inmediata con la básica.

Artículo 13 (artículo 12, en la nueva numeración)

- Apartado 2. Pág. 68. “Mayores dificultades plantea la conformidad con el Reglamento de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo 13 del Anteproyecto: *“La identidad del afectado y, en su caso, la de su representante deberá acreditarse mediante documento válido, incluido aquel que permita su identificación electrónica”*. La exigencia de un “documento válido” (aunque sea en su formato electrónico) parece ir más allá de lo previsto en el Reglamento general, cuyo artículo 12.6 se limita a indicar que *“cuando el responsable del tratamiento tenga dudas razonables en relación con la identidad de la persona física que cursa la solicitud a que se refieren los artículos 15 a 21, podrá solicitar que se facilite la información adicional necesaria para confirmar la identidad del*



interesado", y el considerando 64 contiene también una referencia genérica en cuanto a los medios de identificación (*"el responsable del tratamiento debe utilizar todas las medidas razonables para verificar la identidad de los interesados que soliciten el acceso (...)"*). La exclusión de otros medios de identificación alternativos al "documento válido" -de cualesquiera otras "medidas razonables" para practicar esa identificación, como un sistema de contraseñas, por ejemplo- contraviene, por tanto, lo dispuesto en el Reglamento, lo que lleva a recomendar la supresión de este artículo 13.2."

VALORACIÓN: Se acepta la observación.

Artículo 18 (artículo 17, en la nueva numeración)

- Págs. 71-72. "El Consejo de Estado considera acertada esta delimitación del ámbito de aplicación del derecho de portabilidad. Pese a ello, es indudable que la lectura del Reglamento no permite excluir otras interpretaciones alternativas de la frase "que haya facilitado a un responsable", especialmente si se tiene en cuenta que el derecho a la portabilidad está limitado a los datos objeto de tratamientos basados en el consentimiento del interesado y que el Reglamento excluye expresamente la posibilidad de un consentimiento meramente tácito o implícito. Por esta razón, dadas las abundantes observaciones que el precepto ha suscitado en la fase de información pública, y pese a la importante contribución que este artículo supone para la seguridad jurídica de los operadores, el Consejo de Estado no considera conveniente plasmar esta interpretación en el Anteproyecto de ley orgánica, por la rigidez que ello supone."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Este precepto se limita a remitir la regulación de la portabilidad al RGPD, sin aportar una interpretación de su alcance.

Artículo 25 (artículo 24, en la nueva numeración).

- Págs. 80-81. "(...) En línea con estas observaciones, considera el Consejo de Estado que sería más adecuado limitar la posibilidad de las denuncias anónimas a supuestos excepcionales (lo que no garantiza la mera utilización, en el artículo 25.1 del Anteproyecto, del adverbio "incluso"), dado que la regulación proyectada ya prevé la confidencialidad de los datos del denunciante (apartado 3)."

- Apartado 2. Pág. 81. "El segundo interrogante se refiere a la previsión del apartado 2 (...). Esta previsión, en parte condicionada por la admisión de la denuncia anónima que también se propone, ha sido cuestionada en el expediente, dada la frecuencia con que en la práctica las empresas externalizan el tratamiento de estos sistemas. Cabría, por tanto, considerar también la conveniencia de mantener esta limitación."

VALORACIÓN: Se acepta parcialmente la observación. Se ha evaluado de nuevo la conveniencia de mantener la posibilidad de denuncias anónimas, que se prefiere mantener para favorecer la lucha contra la corrupción privada en el seno de las empresas;



precisamente por su carácter anónimo, este régimen no puede circunscribirse a situaciones excepcionales, por la inseguridad que ello generaría. Se ha dado nueva redacción al apartado 2 para dejar claro que el acceso a la información es admisible para quienes desarrollen las funciones de “compliance”, esté incardinado o no en el seno de la empresa.

Disposición transitoria cuarta

- Pág. 83. “Esta vigencia transitoria de dos preceptos de la anterior Ley Orgánica no resulta una solución satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Las limitaciones a los derechos de los interesados se contemplan en el artículo 23 del Reglamento (no se entiende la referencia que la Memoria hace al artículo 21.2), el cual habilita a los Estados miembros la posibilidad de introducirlas, en determinados supuestos y con determinadas finalidades y condiciones, a través de medidas legislativas, por lo que, a juicio del Consejo de Estado, el Anteproyecto debe acometer este desarrollo normativo, al menos en sus líneas principales.”

VALORACIÓN: Se considera oportuno mantener la vigencia transitoria de estas excepciones.

Artículo 29 (artículo 28, en la nueva numeración)

- Pág. 85. “Se trata de una previsión -la del proyectado artículo 29.1- que induce a error y que, a juicio del Consejo de Estado, debe corregirse. No se propone directamente su supresión, dado que sí añade algo a lo previsto en el Reglamento Europeo, dada la referencia expresa que se hace a *“la presente ley orgánica, la legislación sectorial y sus normas de desarrollo”* (aunque se sugiere un cambio de orden, en la medida en que las normas de desarrollo quieren referirse a la ley orgánica y no a la legislación sectorial). El último inciso -el referido a la evaluación de impacto- no parece añadir nada a lo dispuesto en el Reglamento Europeo (que la regula en su artículo 35), lo que permite suprimirlo sin detrimento del régimen aplicable (aun reconociendo que ciertamente sirve para subrayar el papel central que la nueva regulación atribuye a esa evaluación de impacto).”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha corregido la redacción para mayor claridad.

Artículo 30 (artículo 29, en la nueva redacción)

- Pág. 86. “En cuanto al apartado 2, habrá de estarse, lógicamente, al criterio que se adopte en relación con el artículo 9.3 del Anteproyecto.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha eliminado este apartado.

Artículo 32 (artículo 31, en la nueva redacción)



- Pág. 87. “El artículo 32 del Anteproyecto regula las actividades de tratamiento, en línea con lo previsto en el artículo 30 del Reglamento Europeo. En relación con el apartado 1 (cuyo primer párrafo no parece necesario), suscita dudas la referencia que el segundo párrafo hace a las finalidades (el 30.1 del Reglamento Europeo se refiere a los fines del tratamiento; no así el 30.2), lo que aconseja su reconsideración. (...)”

VALORACIÓN: Se considera adecuada la redacción anteproyectada.

Artículo 33 (artículo 32, en la nueva numeración)

- Págs. 88-90. “Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, la cuestión ha de abordarse desde una perspectiva diferente, a la que apunta su nueva ubicación en el texto proyectado. El bloqueo de datos no se configura -y no debe configurarse- como un derecho de los interesados, sino como una obligación del responsable. (...)”

(...)

(...) Por ello, entiende el Consejo de Estado que esta potestad atribuida a la AEPD y también a las autoridades autonómicas de protección de datos debe ser reconsiderada y, en caso de que se decidiera mantenerla, ha de quedar perfectamente delimitada (incluso cabría sujetarla a una eventual decisión judicial). Resulta necesaria, en suma, una valoración de los casos y circunstancias en que puede ser necesaria, aconsejable o aceptable la aplicación de excepciones, con reconsideración del contenido del proyectado artículo 33.4.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se han ceñido la posibilidad de las autoridades de protección de datos de exceptuar la obligación de bloqueo a los supuestos en que, atendida la naturaleza de los datos o el hecho de que se refieran a un número particularmente elevado de afectados, su mera conservación, incluso bloqueados, pudiera generar un riesgo elevado para los derechos de los afectados, así como en aquellos casos en los que la conservación de los datos bloqueados pudiera implicar un coste desproporcionado para el responsable del tratamiento.

Artículo 34 (artículo 33, en la nueva numeración)

- Pág. 90. “La justificación aportada es, desde luego, suficiente para no proponer la supresión de la previsión de referencia. Ahora bien, quiere llamarse la atención sobre la posibilidad de contratar en nombre propio pero por cuenta ajena, (...). Aunque la cuestión puede suscitar dudas, en función de la diversidad de situaciones imaginables, Consejo de Estado quiere llamar la atención sobre ello para que se reconsidere la redacción proyectada.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se incluye la precisión pertinente.

Artículo 35 (artículo 34, en la nueva numeración)



- Págs. 92-93. “Por lo demás, y a la vista del artículo 37.4 del Reglamento Europeo (ya transcrito), cabría cuestionar la necesidad del artículo 35.2 proyectado (...). No obstante, puede ser aclaratorio a la vista de la larga relación recogida en el apartado 1 y, sobre todo, para evitar que se designen voluntariamente delegados de protección puramente nominales, en el sentido de que generen una mera apariencia que no responda al régimen que les es de aplicación; ahora bien, para ello habría de recogerse la mención correspondiente del Reglamento Europeo y no sólo de “*este capítulo*” (de la Ley). Por tanto, se debe completar el texto proyectado con la mención expresa del Reglamento Europeo.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se incluye la mención al RGPD, que determina, junto con la LOPD, el régimen aplicable a los delegados de protección de datos.

Artículo 36 (artículo 35, en la nueva numeración)

- Pág. 93. “El artículo 36 del Anteproyecto constituye uno de esos casos en que, prima facie, la norma proyectada parece limitarse a recordar lo previsto en el Reglamento Europeo (exigibilidad de los requisitos del 37.5 del Reglamento Europeo y posibilidad de demostrarlo por los “medios correspondientes”). Sin embargo, es cierto que introduce alguna precisión, que es lo que la estructura de la norma debería reflejar (p.ej ., con un tenor como el siguiente: “El cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 37.5 del Reglamento (UE) 2016/679 para la designación del delegado de protección, sea persona física o jurídica, podrá demostrarse, entre otros medios, a través de mecanismos voluntarios de certificación”).”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se incorpora la redacción sugerida por el Consejo de Estado.

Artículo 37 (artículo 36, en la nueva numeración)

- Págs. 93-94. “En el primer sentido, el inciso final introduce una precisión -como salvedad- en relación con lo previsto en el. 38.3 del Reglamento Europeo: añade a la regla de que el delegado de protección de datos no puede ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones la “salvedad” del caso en que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio. Salvedad que, a juicio del Consejo de Estado, es más aparente que real, puesto que más que referirse a dolo o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones, parece referirse a un incumplimiento doloso o con negligencia grave de tales funciones. Sin perjuicio de que pueda buscarse una mejor redacción para tal fin, la previsión parece, por ello, conforme con el Reglamento Europeo, además de razonable y proporcionada.”

- Pág. 94. “Mayores dudas suscita la necesidad de introducir las precisiones del apartado 3 (incluso del primer inciso del apartado 4), que no parecen añadir nada a lo



dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento Europeo, por lo que se propone su supresión.”

- Págs. 94-95. “Sin embargo, puede oponerse a ello la ruptura de la uniformidad -en el sentido más estricto- en relación con las funciones del delegado de protección de datos; (...).

Por todo ello, entiende el Consejo de Estado que debe suprimirse el inciso final del artículo 37.5 (en cuanto a la función de proposición de medidas). También se propone una reconsideración de su inciso inicial (referido a la comunicación de las vulneraciones relevantes), dado que sí bien puede buscar amparo en el artículo 84 del Reglamento Europeo (como medida necesaria para garantizar la observancia del Reglamento Europeo), introduce una función que no está expresamente recogida en su artículo 39. En suma, sí bien es cierto que puede potenciar la efectividad de las previsiones del Reglamento Europeo, debe valorarse el hecho de que los servicios técnicos de la Comisión se han manifestado a favor de su supresión.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se introducen los cambios apuntados en el dictamen.

Artículo 38 (artículo 37, en la nueva numeración)

- Pág. 95. “En relación con el artículo 38, se sugiere aclarar si la posibilidad que abre su apartado 1 (“*será posible*”) se impone -como exigencia- en todo caso (i.e., para todos los delegados de protección de datos) o es una posibilidad que pueden acoger los responsables o encargados al designar o contratar a un delegado de protección. Si se trata de lo primero (como parece desprenderse de lo previsto en el apartado 2) se sugiere referir claramente la posibilidad al afectado y desvincularla de la designación (p.ej., con supresión de la expresión “*será posible*” y adaptación del último inciso: “... el afectado podrá dirigirse al delegado...”).

- Pág. 96. “Por lo demás, entiende el Consejo de Estado que la previsión del proyectado artículo 38.2 es conforme con el Reglamento Europeo (...); para configurarlo más claramente como un trámite del procedimiento y no como una especie de “*condición previa*” (como parecen percibirlo los servicios técnicos de la Comisión) se sugiere especificar que la respuesta debe darse directamente a la autoridad de control.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación.

Artículo 39 (artículo 38, en la nueva numeración)

- Pág. 98. “Por último, el apartado 6 del mismo artículo 39 proyectado dispone que la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán un registro de los códigos de conducta aprobados por las mismas y los aprobados conforme al artículo 63 del Reglamento Europeo. A juicio del Consejo de Estado es necesario



precisar que se tratará de un registro común de los códigos aprobados por la AEPD y las autoridades administrativas citadas. Junto a ello, y dado que se prevé también la incorporación de los códigos aprobados conforme al artículo 63 del Reglamento Europeo, es necesario establecer un mecanismo de coordinación eficaz con el registro del Comité a que se refiere el artículo 40.11 del Reglamento Europeo, lo que ciertamente podría quedar encomendado ya a la regulación reglamentaria prevista en el artículo 39.7 proyectado. Téngase en cuenta, en relación con ambas cuestiones, que los códigos de conducta pueden ser sucesivamente modificados o ampliados (como el artículo 40 del Reglamento Europeo reitera), lo que podría originar serias disfunciones en caso de pluralidad de registros y si no se atiende a un principio de unidad registral.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se aboga por un registro conjunto de códigos de conducta por parte de las autoridades nacionales de protección de datos, que a su vez se coordine con el registro europeo.

Artículo 40 (artículo 39, en la nueva numeración)

- Pág. 98. “Cierra este Título V el artículo 40 que, bajo el epígrafe *“Esquemas de certificación”*, regula en realidad la acreditación de los organismos de certificación a que se refiere el artículo 43.1 del Reglamento Europeo (aunque los denomina instituciones de certificación) , utilizando una de las posibilidades contempladas en la norma europea. Se sugiere, a la vista de su contenido, una reconsideración del título que encabeza el artículo.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se cambia el título de precepto (que pasa a ser: “Acreditación de instituciones de certificación”).

Artículo 41 (artículo 40, en la nueva numeración)

- Segundo párrafo. Págs. 99-100. “Según la literalidad de este párrafo, a los tratamientos ulteriores (derivados de la transferencia internacional) se les habría de aplicar íntegramente tanto el Reglamento Europeo como la LOPD, las normas de desarrollo aprobadas por el Gobierno y las circulares de la AEPD; aplicación íntegra que deriva de esa literalidad (aunque, ciertamente, debería corregirse la referencia a *“las restantes”*), puesto que la expresión “en particular” subraya la importancia de las que regulan los principios de protección de datos, pero no ciñe a estas últimas aquella aplicación. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 44 del Reglamento Europeo como principio general de las transferencias (orientado a *“asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado”*), parece claro que no es la pretensión del prelegislador -ni puede serlo- que todas las normas indicadas (Reglamento Europeo, LOPD, normas de desarrollo y circulares de la AEPD) se apliquen a los tratamientos ulteriores a la transferencia. Ello impone una modificación de la regulación proyectada.



Por otra parte, debe notarse que, desde la legislación española, una transferencia internacional de datos incluye los movimientos transfronterizos entre distintos Estados miembros de la Unión Europea (en cuyo caso es claro que a los tratamientos ulteriores se les aplicarían, además del Reglamento Europeo, las normas internas de ese otro Estado miembro -y no las normas españolas-).

Por todo ello, se considera necesaria una revisión del proyectado artículo 41.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha modificado el segundo párrafo del precepto, para dejar claro que resulta de aplicación, no a los tratamientos que sigan a una transferencia internacional de datos, sino a la propia transferencia, que es una forma de tratamiento. En línea con lo que dispone ya el artículo 65 del vigente Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, debe quedar claro que a dicha transferencia se aplica, no solamente la regulación específica, sino toda la normativa (RGPD, LOPD y circulares), incluidos los principios, por lo que dicho tratamiento ha de contar con una cobertura que asegure su licitud.

Artículo 42 (artículo 41, en la nueva numeración)

- Apartado 1. Pág. 101. “(...) En relación con ello, la *“aprobación”* a que se refiere el artículo 42 del Anteproyecto (tanto en su epígrafe como en su apartado 1) debe sustituirse por una *“adopción”*. En caso contrario, se estaría omitiendo la exigencia de aprobación por la Comisión que impone el artículo 46.2.d del Reglamento Europeo (con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere su artículo 93.2).”

- Apartado 2. Pág. 101. “En el apartado 2 del mismo artículo 42 se sugiere corregir la locución preposicional (sustituyendo *“de acuerdo a”* por *“de acuerdo con”*), de conformidad con las orientaciones de la RAE y para evitar el anglicismo.”

- Pág. 101. “Por lo demás, se sugiere hacer explícita la relación de este artículo 42 del Anteproyecto con el artículo 46 del Reglamento Europeo, a efectos de la consideración de lo previsto en el primero como *“garantías adecuadas”* de las contempladas en el segundo.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se han introducido los cambios pertinentes.

Artículo 43 (artículo 42, en la nueva numeración)

- Pág. 101. “De un lado, se dice que las transferencias *“habrán de ser autorizadas (...) en los siguientes supuestos”*, lo que supondría -en su literalidad- la exigibilidad de la autorización en los supuestos contemplados en los apartados a y b siguientes; por ello, se sugiere que se utilice una formulación distinta, como *“requerirán una previa autorización (. . .), que podrá otorgarse en los siguientes supuestos”*.”

- Págs. 101-102. “Por otra parte, debería reformularse el apartado 1.a, referido al supuesto de que la transferencia *“pretenda fundamentarse en la aportación de*



cláusulas contractuales que no correspondan a las cláusulas tipo previstas en el artículo 46.2, letras c) y d), del Reglamento (UE) 2016/679". Lo que habilita la posibilidad de que la transferencia sea autorizada es que se funde en cláusulas contractuales que aporten "garantías adecuadas" en el sentido del artículo 46.1 del Reglamento Europeo y no que se trate de cláusulas contractuales que no se correspondan con las cláusulas tipo previstas en el artículo 46.2 (de hecho, el párrafo introductorio ya precisa que la regulación del artículo 43.1 del Anteproyecto se refiere a casos que no se amparen en alguna de las garantías previstas en el citado artículo 46.2 del Reglamento Europeo)."

- Pág. 102. "En fin, en el apartado b del mismo artículo 43.1 ha de quedar claro que la exigencia de *"que incluyan derechos efectivos y exigibles para los afectados"* no se refiere solo a los memorandos de entendimiento, sino -con carácter general- a todos acuerdos internacionales no normativos previamente mencionados (incluidos aquellos memorandos)."

- Pág. 102. "En lo que se refiere al artículo 43.2, se advierte que, a diferencia de lo previsto en el proyectado artículo 42.2, aquí no se establece una duración máxima del procedimiento. Por otra parte, y en relación con el mismo artículo 43.2 del Anteproyecto, es correcto que se prevea la suspensión del procedimiento hasta la notificación del dictamen del Comité Europeo (previsto en el artículo 64 del Reglamento Europeo); pero también debería preverse la suspensión para el caso de que se plantee un conflicto de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del Reglamento Europeo: (...)."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se han introducido los cambios planteados en el dictamen. Se ha fijado un plazo de duración máxima del procedimiento de un año, en consonancia con lo previsto en el precepto anterior.

Disposición adicional quinta

- Pág. 105. "El epígrafe que encabeza esta disposición adicional quinta es equívoco, puesto que parece referirse a una autorización judicial que habilita la transferencia cuando en realidad es lo contrario (una autorización judicial a la autoridad de protección de datos para que declare que una decisión de la Comisión Europea menoscaba el derecho fundamental a la protección de datos; y, por tanto, para que se impida la transferencia internacional). Se propone, por ello, su reconsideración.

Por otra parte, y de acuerdo con las observaciones realizadas en relación con el proyectado artículo 42 del Anteproyecto, debería corregirse el apartado 1.b, sustituyendo el verbo ("*adopten*" por "*aprueben*")."

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha modificado el título de la disposición.

Artículo 46 (artículo 45, en la nueva numeración)



- Pág. 108. “En opinión de este Consejo de Estado, el mantenimiento de la vigencia del Estatuto deberá ser transitoria. Las novedades introducidas en el Reglamento Europeo en materia organizativa y sancionadora y el fortalecimiento de las potestades atribuidas a las autoridades de control requieren de la aprobación de un nuevo Estatuto en un periodo corto de tiempo con la finalidad de dar respuesta a las necesidades de la nueva Agencia.”

VALORACIÓN: Se toma en consideración el comentario, para abordar, tras la vigencia de la norma anteproyectada, la actualización del Estatuto de la AEPD.

Artículo 51 (artículo 50, en la nueva numeración)

- Págs. 113-114. “Por razones de pura sistemática, sugiere este Consejo ubicar este artículo en el marco relativo a las potestades normativas que se atribuyen al Presidente de la Agencia, de manera, que al proyectado artículo 56, que regula las potestades de regulación de la Agencia, le siga el régimen de publicidad que actualmente proyecta el artículo 51.”

VALORACIÓN: Se prefiere la ubicación actual, toda vez que la publicidad no solamente se predica de las circulares, sino también de las decisiones que pongan fin a los procedimientos de reclamación, las que archiven las actuaciones previas de investigación, las que sancionen con apercibimiento a las entidades a que se refiere el artículo 77.1 de la ley orgánica, las que impongan medidas cautelares y las demás que disponga el Estatuto de la AEPD.

Artículo 57 (artículo 56, en la nueva numeración)

- Pág. 123. “A juicio del Consejo de Estado, en materia de acción exterior, hubiera sido aconsejable distinguir nítidamente (quizá mediante la división en varios artículos), entre las relaciones que se podrán mantener en materia de protección de datos en el marco de la Unión Europea y de su Comité de Protección, de todas aquellas que podrán mantenerse fuera de este ámbito con otros terceros Estados, y en particular, con los países de Iberoamérica, aprovechándose también para acotar o definir el concepto de “acuerdos internacionales administrativos *no normativos*.”

VALORACIÓN: No se considera oportuno dividir este precepto.

Título VIII

- Pág. 126. “En caso de reclamación, la Agencia debe examinar, en primer lugar, si es competente y, de no serlo, remitirla a la autoridad competente (artículo 67); mientras que, si lo es, deberá decidir sobre su admisión a trámite; en todo caso, la decisión sobre la admisión a trámite o, en su caso, sobre la remisión de la reclamación a la autoridad competente deberá acordarse en tres meses (artículos 66). Dado que la decisión sobre su



propia competencia es previa a la admisión a trámite de la reclamación, el orden de estos preceptos deberla invertirse, colocando el actual artículo 67 como artículo 66 y viceversa.”

- Pág. 126. “Asimismo, antes de la iniciación del procedimiento, la Agencia podrá incoar actuaciones previas de investigación por un plazo máximo de un año (artículo 68). No queda claro como este plazo puede coonestarse con el de tres meses que la Agencia tiene para decidir sobre la admisión y trámite y consiguiente iniciación del procedimiento. Por tal razón, acaso debiera preverse que la incoación de estas actuaciones previas de investigación tenga un efecto suspensivo del plazo de admisión a trámite.”

VALORACIÓN: La precisión de estos aspectos se considera propia del desarrollo reglamentario, dado que el mismo tendrá que abordar las cuestiones procedimentales en profundidad, cuya complejidad deriva de la necesidad de incorporar los mecanismos de cooperación y coherencia del RGPD.

Título IX

- Pág. 131. “El contenido del Reglamento Europeo no es, sin embargo, el que se refiere en la exposición de motivos del Anteproyecto.

El Reglamento Europeo sí tipifica, por más que lo haga en un sentido genérico, las conductas constitutivas de infracción: (...)

Por otra parte, el Reglamento Europeo no distingue, al fijar la cuantía de las sanciones, entre infracciones muy graves, graves y leves, como dice la exposición de motivos del Anteproyecto. (...)”

- Pág. 134. “Por último, y en razón de las consideraciones hasta ahora expuestas; es importante que la exposición de motivos del Anteproyecto sea corregida, evitando afirmar que el Reglamento Europeo no contiene una tipificación de conductas o que en el mismo se clasifican las infracciones en leves, graves y muy graves, y precisando en todo caso que dicha tripartición se ha introducido a los solos efectos de determinar la prescripción de las infracciones y que la descripción de las conductas típicas tiene como único objeto enumerar ejemplificativamente algunos de los actos sancionables que debe entenderse incluidos dentro de los tipos generales establecidos en la noma europea.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha modificado la parte expositiva en este sentido.

Artículos 76 y 79 (artículos 75 y 78, en la nueva numeración)

- Pág. 135. “Más dudoso resulta que el reinicio del cómputo del plazo de prescripción se condicione a que el procedimiento estuviera paralizado durante «*más de un año*» por causas no imputables al presunto infractor. El artículo 30.2 de la Ley 40/2015,



de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, establece la regla general de que dicho reinicio debe producirse cuando el procedimiento se paralizase durante «*más de un mes*» por las referidas causas. El legislador puede ciertamente introducir especialidades por razón de la materia respecto de esa regla general, pero tienen que estar debidamente justificadas. En tal sentido, la memoria tendría que justificar la razón de que, en materia de protección de datos, resulte adecuado exigir un plazo de paralización de un año para la reanudación del cómputo del plazo de prescripción.”

- Págs. 139-140. “Por último, el apartado 3 del artículo 79 del Anteproyecto prevé que el plazo de prescripción de las sanciones «se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el mismo está paralizado durante seis meses por causa no imputable al infractor». En este punto, la regulación proyectada sigue en parte lo dispuesto en el artículo 30.3 de la Ley 40/2015: se aparta de éste en el periodo de paralización exigido para la reanudación del plazo de prescripción de las sanciones, que en el mencionado precepto es de «un mes» y en el Anteproyecto de «seis meses». Nuevamente la memoria tendría que explicitar la razón que justifica la introducción de esta especialidad en materia de protección de datos.”

VALORACIÓN: Se acepta la observación. Se ha fijado el plazo de seis meses para la reanudación del cómputo tanto en la prescripción de las infracciones como en la de las sanciones. Como justificación de esta decisión normativa es preciso señalar lo siguiente:

La regla general establecida por la Ley 40/2015 para el reinicio del cómputo del plazo de prescripción tras su suspensión por la iniciación del procedimiento sancionador es que el reinicio se producirá después de un mes de paralización del procedimiento por causas no imputables al presunto infractor. En el anteproyecto, sin embargo, el legislador amplía este plazo a seis meses, teniendo en cuenta las características especiales de los procedimientos sancionadores en el ámbito de la protección de datos.

En efecto, en los últimos años se ha constatado un incremento significativo tanto en la cantidad como en la complejidad de los procedimientos relacionados con la tutela del derecho a la protección de datos, habiéndose triplicado la cifra de expedientes tramitados entre 2008 y 2016. Este aumento en la cantidad y, sobre todo, la complejidad de las materias objeto de denuncia o reclamación requiere que las autoridades encargadas de la tramitación de los procedimientos dispongan de márgenes temporales lo suficientemente amplios para realizar actividades de análisis e indagación sobre los casos que no se traducen en acciones formales que dieran lugar a impedir el reinicio del cómputo del periodo de prescripción.

Por otro lado, y con una importancia aún mayor, esta ampliación del plazo fijado como norma general viene determinada por las previsiones del RGPD. Esta norma europea establece que en todos los casos de investigación de oficio o de procedimientos derivados de reclamaciones de los afectados que estén relacionados con tratamientos de



datos llevados a cabo por empresas con establecimientos en dos o más Estados Miembro de la Unión Europea será de aplicación el llamado “mecanismo de cooperación”.

Ese mecanismo se traduce en la necesidad de determinar el carácter transnacional de los tratamientos a los que se refiere una investigación o denuncia, de identificar a una autoridad de supervisión principal, que será la del Estado Miembro en que la empresa tenga su sede principal y que se encargará de coordinar el procedimiento, así como identificar a todas las autoridades de supervisión en cuyos respectivos Estados Miembro tenga establecimientos la empresa afectada, ya que todas ellas han de participar en el procedimiento.

En casos determinados, el “mecanismo de cooperación” puede tener que ser complementado por actuaciones de consulta entre autoridades o por actuaciones conjuntas que también se prevén en el Reglamento General, aunque con mucho menor grado de concreción en lo relativo a trámites o plazos para su aplicación.

Posteriormente, todas esas autoridades han de llegar a una posición común sobre la investigación o reclamación, debiendo enviarse al Comité Europeo de Protección de Datos aquellos procedimientos en que este acuerdo no sea posible.

Según análisis desarrollados por el Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos, el llamado Grupo del Artículo 29, el número de casos que anualmente podrían ser objeto de este procedimiento de cooperación podría situarse entre los 10.000 y los 17.000, si bien no todos ellos afectarían a todas las autoridades de supervisión. Este “mecanismo de cooperación” cuenta con un procedimiento regulado por el propio Reglamento General. El Anteproyecto, además, contiene disposiciones para articular este procedimiento de cooperación con los procedimientos regulados por la normativa española.

Sin embargo, la puesta en práctica de las previsiones del Reglamento Europeo supone, más allá de los requisitos formales que, como se indica, el mismo Reglamento contempla, la necesidad de que las autoridades de supervisión involucradas mantengan comunicaciones y desarrollen actividades de cooperación informales que pueden ser esenciales para alcanzar una posición común y evitar prolongar el procedimiento con su remisión al Comité Europeo. La necesidad de estas comunicaciones y contactos ha sido expresamente reconocida, entre otros, por el Grupo del Artículo 29, en sus “Directrices sobre Identificación de la Autoridad Principal respecto a un Responsable o un Encargado” (WP244) así como en guías internas dirigidas a sus miembros en relación con el “mecanismo de cooperación” y con los “mecanismos de consulta y de actuación conjunta”. Estas comunicaciones y actividades de cooperación informal, que, como se ha indicado, deberán desarrollarse en relación con un elevado número de procedimientos, pueden extenderse en el tiempo y, en todo caso, no necesariamente pueden ser formalizados como trámites administrativos propiamente dichos.



Por todo ello, se considera necesario dotar a las autoridades de supervisión de un mayor ámbito temporal para poder llevar a cabo estas actuaciones, determinadas tanto por condicionantes internos como por imposición del Reglamento General, sin que la inactividad aparente que la ausencia de trámites formales parecería indicar conduzca al reinicio del cómputo de los plazos de prescripción.

Artículo 78 (artículo 77, en la nueva numeración)

- Págs. 138-139. “La diferencia de trato a efectos sancionadores alcanza un punto injustificado en el caso de las corporaciones de derecho público. El artículo 78.1 del Anteproyecto prevé la aplicación del régimen previsto en este artículo a las corporaciones de derecho público *«cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público»* (letra g). De este modo, una misma corporación de derecho público puede ser sancionada con multas pecuniarias de las elevadísimas cuantías antes indicadas, cuando la infracción no se produzca en el ejercicio de sus potestades de derecho público, o con una sanción de apercibimiento, cuando la infracción tenga lugar con ocasión del ejercicio de tales potestades. Para evitar tan llamativa diferencia, el régimen aplicable a tales corporaciones debiera ser uniforme, con independencia del carácter público o privado de las funciones que desempeñen en cada caso. Tal uniformidad se conseguiría incluyendo tales corporaciones en todo caso dentro del artículo 78 del Anteproyecto o excluyéndolas del mismo. Cualquiera de los términos de esta alternativa parece preferible a la solución propuesta por el Anteproyecto.”

VALORACIÓN: En el caso de las Corporaciones de Derecho público, el sometimiento a un doble régimen en atención a si actúan o no en el ejercicio de funciones públicas es la regla general. Por ello, se prefiere esta dicotomía, frente a la posibilidad de aplicar en bloque el régimen sancionador propio de las entidades públicas o de las entidades privadas.

Madrid, 2 de noviembre de 2017