



Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

I

Tal y como indica el artículo 1.1 del Anteproyecto sometido a informe, el mismo tiene por objeto “establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional”, y en particular “garantizar la integridad del orden económico, facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión”. A ello añade el artículo 1.2 que “la unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica”.

A tal efecto, el artículo 1.1 del Anteproyecto se refiere a la aplicación del artículo 139 de la Constitución, en cuya virtud:

“1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.”

De este modo, el Anteproyecto regula en su articulado los principios y garantías tendentes a asegurar la citada unidad de mercado, así como las garantías para su protección, teniendo especial relevancia, a efectos de la aplicación de las disposiciones reguladoras de protección de datos de carácter personal, el intercambio de información entre entidades supervisoras al que se refieren los distintos preceptos que integran su Capítulo VI.



En este sentido, la Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto señala que “se pretende garantizar el mantenimiento de las competencias de cada Administración, pero dotando de eficacia nacional a las decisiones tomadas por las autoridades competentes, al aplicar principios comunes en todo el territorio basados en el reconocimiento implícito de actuaciones de otras administraciones y todo ello sobre la base de los principios de cooperación y de confianza mutua”, recogiendo el principio de eficacia citado como uno de los rectores de la Ley en el artículo 6 del texto sometido a informe.

Junto al citado principio, la Memoria y el articulado se refieren a los principios de simplificación de cargas y cooperación y confianza mutua, disponiendo en cuanto a este último el artículo 4 del Anteproyecto que “con el fin de garantizar la aplicación uniforme de los principios recogidos en este Capítulo y la supervisión adecuada de los operadores económicos las autoridades competentes cooperarán en el marco de los instrumentos establecidos en el Capítulo II” y añadiendo que “las autoridades competentes en sus relaciones, actuarán de acuerdo con el principio de confianza mutua, respetando el ejercicio legítimo por otras autoridades de sus competencias, reconociendo sus actuaciones y ponderando en el ejercicio de competencias propias la totalidad de intereses públicos implicados y el respeto a la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y a la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional”.

Asimismo, en esta referencia previa al estudio del Anteproyecto desde la perspectiva de la aplicación de las normas de protección de datos, debe recordarse que el Anexo del Anteproyecto establece una serie de definiciones que resultarán relevantes a los efectos de la aplicación de las normas que impliquen un intercambio de información, cuales son, en particular, la de autoridad competente, autoridad de origen y autoridad de destino, toda vez que los citados intercambios de información tendrán lugar entre las mismas.

II

Hechas estas consideraciones, y como punto de partida, es preciso hacer referencia a dos cuestiones también previas que esta Agencia Española de Protección de Datos considera relevante tomar en cuenta:

En primer lugar, y desde el punto de vista de la aplicación a la actividad de supervisión en materia de protección de datos de carácter personal, es preciso recordar que el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999 establece un reparto competencial en materia de protección de datos de carácter personal, delimitando el alcance de las competencias de las autoridades de control que pudieran ser creadas por las Comunidades Autónomas. A tal efecto, se establece en el citado texto legal que:



“1. Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 37, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l), y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 46 y 49, en relación con sus específicas competencias serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control, a los que garantizarán plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido.

2. Las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos.

3. El Director de la Agencia de Protección de Datos podrá convocar regularmente a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a efectos de cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación. El Director de la Agencia de Protección de Datos y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas podrán solicitarse mutuamente la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.”

A continuación, el artículo 42 viene a destacar las competencias de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con ficheros que se encuentren incluidos en el ámbito del artículo 41.1, al establecer:

“1. Cuando el Director de la Agencia de Protección de Datos constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia podrá requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento.

2. Si la Administración Pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración.”

Por último, algunas otras disposiciones de la Ley Orgánica se refieren a las competencias de las Autoridades de Control de las Comunidades Autónomas, siempre en el ámbito competencial diseñado por el artículo 41 de la Ley (esto es, en relación con los ficheros creados y gestionados por la propia Comunidad Autónoma o por las entidades integrantes de la Administración Local, dentro de su ámbito territorial). Así sucede en lo referente a la tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (artículo 18.2) o



las limitaciones a estos derechos (artículos 23 y 24), en lo relativo a la inscripción de los códigos tipo, que podrán inscribirse en los registros autonómicos, sin perjuicio de la obligación de inscripción en el Registro General de Protección de Datos (artículo 32.3) o en lo atinente al ejercicio de la potestad de inspección (artículo 40.1) y de la potestad sancionadora, en relación con los ficheros de titularidad pública (artículo 48).

De todo lo antedicho se desprende que la Ley Orgánica viene a establecer un marco competencial fundamentalmente similar al ya diseñado por la anterior Ley Orgánica 5/1992, si bien que ampliando las competencias de las Agencias autonómicas a los ficheros de los que sean responsables las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, quedando las competencias de las citadas Agencias limitadas a las expresamente establecidas en la Ley Orgánica, que han sido anteriormente enumeradas y exclusivamente en lo referente a los ficheros ya citados, sin que sea posible el ejercicio por las Comunidades Autónomas de ninguna competencia que exceda de las establecidas en el mencionado precepto y sin que dichas competencias puedan en ningún caso extenderse al sector privado.

El esquema que se ha venido perfilando deberá, a su vez, completarse con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en relación con el reparto de competencias establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999, que se encuentra contenida esencialmente en la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, que viene a consagrar en su Fundamento Jurídico 7, siguiendo la línea también sustentada en la Sentencia 292/2000, el derecho fundamental y autónomo de los ciudadanos a la protección de sus datos personales.

En este marco, el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 290/2002 interpreta el ámbito de las competencias de la Agencia Estatal y las autoridades de control de las Comunidades Autónomas, a la luz del Texto Fundamental, indicando, en primer lugar:

“... que cuando la LORTAD establece límites al uso de la informática en cumplimiento del mandato del art. 18.4 CE, tales límites han de ser los mismos en todo el territorio nacional «ex» art. 81 CE. Pues si los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestra Constitución reconoce son «fundamento del orden político» (art. 10.1 CE) y, por tanto, constituyen el estatuto jurídico básico de los ciudadanos, sólo mediante esa proyección general es posible garantizar la protección de los derechos a que se refiere el art. 18.4 CE, con independencia de que tales límites a la informática también contribuyen a la salvaguardia del específico derecho fundamental a la protección de datos personales.

De igual modo, es significativo que el constituyente haya querido introducir mediante la cláusula del art. 149.1.1 CE la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto competencial y, a este



fin, que haya apoderado al Estado para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas «condiciones básicas» que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles. Imponiendo así un límite a las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde éstas ostenten un título competencial. Y si bien el alcance del art. 149.1.1 CE es «esencialmente normativo», como hemos dicho en la reciente STC 208/1999, de 15 de noviembre, F. 6, por referirse a «la regulación» de esas condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance.»

De este modo, concluye la Sentencia, en el mencionado Fundamento Jurídico:

“De lo anterior se desprende, pues, que la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas «ex» art. 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales.

A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros”.

En consecuencia, el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999 y la doctrina emanada de la sentencia citada delimitan un ámbito competencial en materia de protección de datos de carácter personal según el cual las Autoridades de protección de datos de las Comunidades Autónomas únicamente serán competentes en la garantía del derecho en relación con los ficheros o tratamientos “creado o gestionados” en el ámbito de sus competencias o de las Entidades Locales existentes en su territorio, debiendo en todo caso garantizarse la protección del derecho en condiciones de igualdad en todo el territorio, y siendo la Agencia Española de Protección de Datos la única competente en relación con la adecuada protección del derecho fundamental



en el tratamiento de datos de carácter personal que sea llevado a cabo por parte del sector privado.

De este modo, no se producirá, a la luz de este marco, una duplicidad en el desempeño de la competencia en lo referido al sector privado, al corresponder toda ella en bloque a la Agencia Española de Protección de Datos, estableciéndose asimismo una clara diferenciación entre las competencias asumidas por las distintas Agencias que puedan crearse por parte de las Comunidades Autónomas, limitadas a las instituciones autonómicas o de ámbito local existentes en su territorio.

Hechas estas precisiones, en el momento actual únicamente existen dos Agencias o autoridades de protección de datos creadas por las Comunidades Autónomas: la Agencia de Protección de Datos del País Vasco (regulada por la Ley 2/2004, de 25 febrero) y la Autoridad Catalana de Protección de Datos (cuya existencia deriva de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del estatuto de Autonomía de Cataluña y se encuentra regulada por la Ley 32/2010, de 1 de octubre).

Junto con dichas Agencias existía una tercera autoridad, precisamente la más antigua en cuanto a su creación: la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, que se encontraba regulada por la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal. Sin embargo, el artículo 61 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid declara la extinción de la misma, estableciendo su apartado 2 que “Las competencias que la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, atribuya a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, a la entrada en vigor de la presente ley, se reintegrarán al ámbito estatal, correspondiendo el ejercicio de las mismas a la Agencia Española de Protección de Datos”.

Además, debe tenerse en cuenta que varios Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección de datos respecto de los ficheros creados y gestionados en el ámbito descrito por el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido cabe hacer referencia a los Estatutos de Autonomía de las Islas Baleares (artículo 31.14 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero) y Andalucía (artículo 82 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo). Además, los Estatutos de Autonomía de Aragón (artículo 75.5º de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) y Castilla y León (artículo 12 d) de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre) prevén la posible creación de una Agencia autonómica de protección de datos.

De todo lo que se ha venido señalando y, en particular de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con los tratamientos llevados a cabo por el sector privado, en que se integrarían los operadores económicos a los que se refiere el Proyecto debe derivarse el



hecho de que la aplicación de la normativa de protección de datos a dichos operadores no afecta al necesario cumplimiento del principio de unidad de mercado derivado del artículo 139 de la Constitución.

III

La segunda de las cuestiones a tener en cuenta se refiere a la aplicabilidad de las disposiciones de protección de datos en relación con los relativos a los operadores económicos, definidos por el apartado h) del Anexo del Anteproyecto como “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España.

Ello trae causa del hecho de que pudiera considerarse aplicable al tratamiento de tales datos de lo establecido en los apartados 2.2 y 2.3 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. La segunda de dichas disposiciones establece que “los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal”. Por su parte, el artículo 2.2 citado dispone que “Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.

Descartada así la aplicación de la Ley Orgánica a los datos que se no se refieran a personas físicas, la cuestión radicaría en valorar si los datos que constituyen la información objeto de intercambio en aplicación de las disposiciones del Anteproyecto a las que posteriormente se hará referencia pudieran considerarse excluidas de lo dispuesto en la Ley Orgánica, bien por considerarse que los datos se refieren exclusivamente a la actividad empresarial de los comerciantes, industriales o navieros, bien por entender que aun haciendo referencia a personas físicas que prestan sus servicios a personas jurídicas, sería aplicable la exclusión del artículo 2.2 del Reglamento.

La aplicabilidad de las normas a las que ahora se está haciendo referencia ha sido reiteradamente analizada por esta Agencia a partir de su informe de 18 de febrero de 2008, que señalaba, en relación con los datos de empresarios individuales a los que se refiere el artículo 2.3 del Reglamento, lo siguiente:

“(...) cabe considerar que los datos referidos a los empresarios individuales y que aparecen exclusivamente ligados a su actividad comercial o mercantil, o que identifican, aún con su nombre y apellidos



un determinado establecimiento o la marca de un determinado producto o servicio, como consecuencia de la existencia de una libre decisión empresarial adoptada en este sentido, no se encuentran sometidos a la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999. Este es el criterio recogido por el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

Al propio tiempo, el tratamiento ha de llevarse a cabo en el ámbito empresarial. Quiere ello decir que a los efectos del tratamiento de los datos, la finalidad perseguida por quien trata el dato es la de recabar y mantener información sobre la empresa y no sobre el comerciante que la ha constituido.

Así, el tratamiento de los datos del empresario individual, con las limitaciones que se han venido señalando, para mantener una relación comercial con el mismo, podría encontrarse amparado por el artículo 2.3 del Reglamento, en conexión con las normas de la Ley Orgánica 15/1999 que se han venido indicando.

Sin embargo, no podrá considerarse amparado por el precepto, y en consecuencia excluido de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, el tratamiento de los datos del comerciante llevado a cabo no con la finalidad de mantener una relación empresarial con el establecimiento u organización que el mismo hubiera creado, sino para conocer la información del propio sujeto organizado en forma de empresa, siendo el destinatario del tratamiento no la empresa sino el propio empresario en tanto, por ejemplo, que consumidor individual.

En consecuencia, de lo que ha venido indicándose cabrá extraer dos conclusiones determinantes del alcance de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Reglamento:

- *Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.*
- *Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría*



plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.”

Al propio tiempo, debe tenerse en cuenta que si bien el Anteproyecto se refiere en la definición de su Anexo a quienes realizan una actividad económica, menciona en determinados preceptos no sólo a los “comerciantes, industriales o navieros”, en el sentido del artículo 2.3 del Reglamento, sino a los profesionales. Así cabe hacer referencia al deber de información y comunicación impuesto a las autoridades competentes, incluyendo a los colegios profesionales en su artículo 25.2. En relación con este punto, no podemos dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007, que aun refiriéndose específicamente a profesionales, se pronuncia sobre este tema en su fundamento de derecho sexto párrafo octavo donde señala que:

“Es claro que los Arquitectos y Promotores a que se refiere el litigio participan de la naturaleza de personas físicas y que no dejan de serlo por su condición de profesionales o agentes que intervienen en el mercado de la construcción, por lo que los datos personales relativos a los mismos, quedan amparados y sujetos en cuanto a su tratamiento informatizado a las previsiones de la LORTAD; y es que desde este punto de vista subjetivo la exclusión del ámbito de aplicación de la LORTAD no viene determinado por el carácter profesional o no del afectado o titular de los datos objeto de tratamiento, sino por la naturaleza de persona física o jurídica titular de los datos, en cuanto sólo las personas físicas se consideran titulares de los derechos a que se refiere el art. 18.4 de la Constitución”.

A mayor abundamiento existen supuestos especiales que exigen un análisis concreto, tal y como determina la Sentencia anteriormente señalada en el último párrafo de su fundamento jurídico sexto:

“Otra cuestión será determinar en cada caso y bajo el amparo y aplicación de la LORTAD, el carácter personal o no del dato de que se trate, que en este caso y como se ha indicado antes no puede ponerse en duda, pues se refiere al nombre, profesión, domicilio y demás circunstancias personales de los afectados, lo que es distinto de las relaciones sociales o profesionales que, según doctrina del Tribunal Constitucional invocada por la recurrente, no se comprenden en el derecho a la intimidad”.

Por su parte, y en cuanto al régimen establecido en el artículo 2.2, se señalaba en el informe de 18 de febrero de 2008 lo siguiente:

“(…) la Agencia ha venido señalando que en los supuestos en que el tratamiento del dato de la persona de contacto es meramente accidental en relación con la finalidad del tratamiento, referida realmente a las



personas jurídicas en las que el sujeto presta sus servicios, no resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, viniendo el Reglamento a plasmar este principio.

No obstante, nuevamente, es necesario que el tratamiento del dato de la persona de contacto sea accesorio en relación con la finalidad perseguida. Ello se materializará mediante el cumplimiento de dos requisitos:

El primero, que aparece expresamente recogido en el Reglamento será el de que los datos tratados se limiten efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios. Por este motivo, el Reglamento impone que el tratamiento se limite a los datos de nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.

De este modo, cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los citados se encontrará plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, por exceder de lo meramente imprescindible para identificar al sujeto en cuanto contacto de quien realiza el tratamiento con otra empresa o persona jurídica.

Por ello, no se encontrarían excluidos de la Ley los ficheros en los que, por ejemplo, se incluyera el dato del documento nacional de identidad del sujeto, al no ser el mismo necesario para el mantenimiento del contacto empresarial. Igualmente, y por razones obvias, nunca podrá considerarse que se encuentran excluidos de la Ley Orgánica los ficheros del empresario respecto de su propio personal, en que la finalidad no será el mero contacto, sino el ejercicio de las potestades de organización y dirección que a aquél atribuyen las leyes.

El segundo de los límites se encuentra, como en el supuesto contemplado en el artículo 2.3, en la finalidad que justifica el tratamiento. Como se ha venido indicando reiteradamente, la inclusión de los datos de la persona de contacto debe ser meramente accidental o incidental respecto de la verdadera finalidad perseguida por el tratamiento, que ha de residenciarse no en el sujeto, sino en la entidad en la que el mismo desarrolla su actividad o a la que aquél representa en sus relaciones con quienes tratan los datos.

De este modo, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad y no entre aquéllos y quien ostente una determinada posición en la empresa. De este modo, el uso del dato debería dirigirse a la persona jurídica, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad.



Así sucedería en caso de que el tratamiento responda a relaciones “business to business”, de modo que las comunicaciones dirigidas a la empresa, simplemente, incorporen el nombre de la persona como medio de representar gráficamente el destinatario de la misma. Por el contrario, sin la relación fuera “business to consumer”, siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento.”

El propio Anteproyecto parece tener en cuenta que no todas las informaciones a las que, fundamentalmente, se refiere su Capítulo VI podrán considerarse excluidas de la normativa de protección de datos, bien por no encajar el operador en el concepto establecido en el artículo 2.3 del reglamento, bien por incorporar los datos de las personas que prestan sus servicios al operador información que excede la enumeración taxativa prevista por su artículo 2.2. Así el artículo 23.1, al referirse al intercambio de información entre autoridades competentes se señala que la misma tendrá lugar “incluidos los datos de carácter personal”.

En consecuencia, dado que no es posible considerar que las disposiciones de la Ley Orgánica no serán de aplicación a la información relacionada con los operadores económicos, será necesario que se proceda en el presente informe a analizar la legitimación de los flujos de información previstos en el mismo, especialmente en las normas contenidas en su Capítulo VI.

IV

Hechas todas las precisiones anteriores deberá procederse al análisis de los distintos flujos de información a los que se refiere el Capítulo VI del Anteproyecto sometido a informe dentro del apartado referido a la función de supervisión de los operadores económicos.

A tal efecto, deben diferenciarse dos supuestos distintos: los que implican una aglutinación en una única “base de datos” de la información obrante en los distintos registros administrativos sectoriales, a los que se refiere el artículo 22 del Texto y aquéllos que implican un intercambio de información entre autoridades competentes, recogidos en los artículos 21.3, 24 y 25 del Anteproyecto, que se llevarán a cabo, con carácter general, a través de la plataforma a la que se refiere el artículo 23 del texto sometido a informe.

El elemento común en todos los supuestos será la cesión de datos de carácter personal bien de las autoridades competentes a la ventanilla única regulada por el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, bien entre las autoridades competentes de origen y destino, por cuanto se producirá la



revelación de los datos a una persona distinta del interesado, tal y como dispone el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999.

Ello exigirá que se tengan en cuenta a la hora de analizar los supuestos planteados las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento de desarrollo en cuanto a las cesiones de datos de carácter personal y la legitimación para que las mismas puedan tener lugar. A tal efecto, debe recordarse que la Ley Orgánica 15/1999 establece primeramente, en su artículo 21, una serie de supuestos en que estaría legitimada la cesión de datos entre Administraciones Públicas. En caso de que dichas normas no pudieran aplicarse a un supuesto concreto debería estarse a las disposiciones generales en materia de cesión de datos, contempladas en el artículo 11 de la Ley Orgánica, con las matizaciones que inmediatamente se señalarán en relación con la aplicación directa de las normas previstas en la Directiva 95/46/CE, de la que la Ley Orgánica es transposición.

En cuanto a las normas directamente aplicables a los supuestos de cesión de datos entre Administraciones Públicas, los apartados 1, 2 y 4 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, el primero de ellos en la redacción derivada de su anulación parcial por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de diciembre, establecen lo siguiente:

1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

2. Podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra.

4. En los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo no será necesario el consentimiento del afectado a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley.”

Estas reglas se concretan y sistematizan en el artículo 10.4 d) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, que dispone que no precisará del consentimiento del interesado la cesión entre Administraciones Públicas cuando concorra uno de los siguientes supuestos:

- Tenga por objeto el tratamiento de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.



- Los datos de carácter personal hayan sido recogidos o elaborados por una Administración Pública con destino a otra.
- La comunicación se realice para el ejercicio de competencias idénticas o que versen sobre las mismas materias.

Si estas reglas no fueran aplicables para legitimar una determinada cesión de datos debería acudir, con carácter general, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. No obstante, el artículo 11.2 completa esta previsión, indicando que no será preciso el consentimiento del interesado en los supuestos que el mismo enumera, y en particular “cuando la cesión está autorizada en una Ley” (apartado a), “cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros” (apartado c), “cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas” (apartado d) o “cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica” (apartado f).

Este catálogo de supuestos legitimadores del tratamiento se ha visto ampliado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, por la que se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en los recursos interpuestos contra el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. A su vez, el marco se ve igualmente afectado por las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 8 de febrero de 2012, por las que se resuelven los mencionados recursos.

La Sentencia del Tribunal de Justicia ha declarado expresamente el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, según el cual “*Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva*”. Por ello, dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la



normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta Agencia Española de Protección de Datos, dado que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2012 “produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión”.

Tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su apartado 38, el artículo 7 f) de la Directiva “establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado” y, en relación con la citada ponderación, el apartado 40 recuerda que la misma “dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado”.

Por este motivo, la sentencia señala en su apartado 46 que los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 95/46, deberán “procurar basarse en una interpretación de ésta que les permita garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos y libertades fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo, conforme a su apartado 47 que “nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación”.

Por tanto, para determinar si procedería la aplicación del citado precepto habrá de aplicarse la regla de ponderación prevista en el mismo; es decir, será necesario valorar si en el supuesto concreto objeto de análisis existirá un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos que prevalezca sobre el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la LOPD, según el cual “la presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” o si, por el contrario, dichos derechos fundamentales o intereses de los interesados a los que se refiera el tratamiento de los datos han de prevalecer sobre el interés legítimo en que el responsable pretende fundamentar el tratamiento de los datos de carácter personal.



V

Una vez enumeradas las causas que pueden legitimar las cesiones de datos contenidas en el Anteproyecto procede ahora analizar si resulta posible emparar dichas cesiones en las citadas causas, para lo que se hará en primer lugar referencia a los supuestos de intercambio de información entre autoridades competente, rescindiendo, por el momento del análisis del sistema a través de cual dichos intercambios de información tendrán lugar.

A tal efecto, conviene traer a colación los conceptos de autoridades competentes, autoridad de origen y autoridad de destino contenidos en el texto sometido a informe.

Así, según el apartado c) del Anexo es autoridad competente “cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas, estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, los consejos generales y autonómicos de colegios profesionales”.

Será autoridad de origen, según el apartado d) del Anexo “la autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador se ha establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica” y será autoridad de destino, según el apartado e) del mismo Anexo, la “autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él”.

De los conceptos citados cabe deducir, en primer lugar, que del concepto otorgado a las autoridades competentes y del alcance de las competencias a que se refiere el apartado c) del Anexo del Anteproyecto podría deducirse la aplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999 y 10.4 d) de su reglamento de desarrollo, por cuanto cabría considerar que las competencias ejercidas por dichas autoridades vienen referidas a materias similares.

Hecha esta aclaración, el artículo 24 del Anteproyecto se refiere al intercambio de información entre dichas autoridades en el marco de las funciones de supervisión que las otorgue el ordenamiento jurídico. A tal efecto, se prevé tres supuestos de cesión de datos:

- La autoridad de destino comunicará a la de origen los datos que la misma le pudiera requerir y que se derivase de la solicitud de ésta última de la realización de comprobaciones, inspecciones e investigaciones respecto de operadores o bienes que se encuentren o se hayan encontrado en territorio de la autoridad de destino (apartado 1).



- La autoridad de origen podrá comunicar, a su vez, a la autoridad de destino los datos resultantes de las comprobaciones que ésta última le solicitase que fueran llevadas a cabo en relación con operadores que operan o hayan operado en su territorio (apartado 2 b).
- La autoridad de origen comunicará a la de destino “toda información que sea necesaria para confirmar que el operador se encuentra legalmente establecido” (apartado 2 a).

Pues bien, respecto de los dos primeros supuestos enumerados cabe considerar que las cesiones que los mismos prevén se referirán a datos recogidos o elaborados por una Administración Pública competente con destino a otra también competente, pudiendo encontrar así amparo la cesión en lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

Por su parte, en cuanto al supuesto contemplado en el apartado 2 a) del artículo 24 del Proyecto, se refiere a los datos que resultarán necesarios a la autoridad de destino para ejercer adecuadamente su competencia, conociendo si el operador económico que actúa en su territorio ha obtenido la correspondiente autorización o ha efectuado la correspondiente declaración responsable a las que se refiere el Anteproyecto para poder actuar en el ámbito sometido a la competencia de la actividad de destino.

De este modo, habiendo indicado anteriormente que debe considerarse que la referencia a las autoridades competentes en el sentido establecido en la letra c) del Anexo del Anteproyecto permite considerar que todas ellas desempeñan competencias que versan sobre la misma materia, la comprobación de los requisitos necesarios para operar lícitamente en el mercado, cabe entender que dichas cesiones de datos se encontrarían amparadas por lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, interpretado a sensu contrario en los términos dispuesto en el segundo guión del artículo 10.4 d) de su reglamento de desarrollo.

Esta misma legitimación permitiría amparar igualmente la cesión de datos derivada de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Anteproyecto, a cuyo tenor “en caso de que, como consecuencia del control realizado por la autoridad de destino, se detectara el incumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad de operadores o de normas de producción o requisitos del producto, se comunicará a la autoridad de origen para que ésta adopte las medidas oportunas, incluidas las sancionadoras que correspondan”, así como la cesión establecida en el artículo 25.1 del Anteproyecto en los supuestos de concurrencia de razones imperiosas de interés general.



VI

Debe ahora hacerse referencia a las previsiones contenidas en los artículos 22 y 23 del Anteproyecto, relacionadas con la adopción de determinadas medidas por parte de la Administración General del Estado y particularmente el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

El artículo 22 establece en su apartado primero que “la ventanilla única a la que se refiere el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 22 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, integrará en una base de datos común la información que obre en los distintos registros referente a los operadores económicos, establecimientos e instalaciones que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las autoridades competentes, en particular sobre aquellas actividades sometidas a un régimen de autorización, declaración responsable o comunicación”, refiriéndose en su apartado 2 a la comunicación a la citada ventanilla única por parte de los órganos de las Administraciones competentes los datos contenidos en los mencionados registros, a través de medios electrónicos, tal y como prevé el apartado 3, y con pleno respeto a las medidas encaminadas a garantizar el cumplimiento del Esquema Nacional de Interoperabilidad. Igualmente, se prevé en el apartado 4 la cesión periódica a la ventanilla única de la información referente a las nuevas autorizaciones, declaraciones responsables o comunicaciones que se adopten.

De este modo, se prevé la transmisión de los datos contenidos en los citados Registros al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de modo que el mismo aglutinará en la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009 toda la información necesaria para la supervisión de los operadores.

La primera cuestión que debe analizarse en relación con el texto al que ahora se está haciendo referencia es la relativa a la finalidad que justificará la citada cesión, toda vez que el precepto se refiere expresamente a la comunicación de los datos a la ventanilla única, pero no establece un régimen de acceso a la información que pudiera contenerse en la misma.

No obstante, del tenor del apartado 1 del artículo 22 parece desprenderse que la finalidad que justifica el almacenamiento en la ventanilla única de la información obrante en los distintos registros administrativos será precisamente el acceso por parte de las autoridades competentes en relación con la actividad o la producción o comercialización de los bienes o servicios de los operadores económicos, a fin de verificar el cumplimiento por dichos operadores de los datos necesarios para el adecuado ejercicio de la actividad supervisora. Es decir, aun cuando el precepto no lo establece expresamente, de su contenido se derivaría la existencia de dos comunicaciones sucesivas de datos: una primera comunicación por las autoridades competentes responsables de los registros a la ventanilla única y una segunda comunicación desde dicha ventanilla a las restantes administraciones competentes de los



datos que resulten necesarios para el adecuado desempeño por las mismas de sus competencias de supervisión, en los términos previstos en el propio Anteproyecto.

En este sentido, podría completar lo dispuesto en el artículo 22 la norma contenida en el artículo 23 que impone en su apartado 1 al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la obligación de poner a disposición de las autoridades competentes un sistema de intercambio de información de datos, incluidos los de carácter personal, a través de las plataformas de infraestructuras y servicios comunes mantenidas por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

No obstante, esta previsión no resulta plenamente congruente con lo dispuesto en el artículo 22, toda vez que en este precepto se prevé no sólo la existencia de un cauce que permita la intercomunicación entre las distintas autoridades competentes en relación con un operador económico, sino la creación de una base de datos aglutinadora de todos los registros que sean legalmente establecidos para el desarrollo de las actividades sometidas a autorización, declaración responsable o comunicación. De este modo, cabría considerar que el régimen previsto en el artículo 23 es aplicable en los casos de comunicación entre Administraciones competentes, que se han analizado en el apartado V de este informe, y no para aquellos casos en los que se produjera un acceso por una administración competente en materia de supervisión a los datos que se incorporasen a la base de datos integrada de los registros sectoriales a la que se refiere el artículo 22.

Por todo ello, la primera cuestión que esta Agencia considera necesario dilucidar en relación con los artículos 22 y 23 del Anteproyecto es la del alcance de cada uno de los instrumentos establecidos por los mismos y, en particular sin el acceso a la información de los datos contenidos en el sistema integrado del artículo 22 se llevará a cabo a través del sistema de intercambio de datos establecido en el artículo 23 o si dicho sistema es únicamente aplicable a los supuestos de intercambio singular de información entre Administraciones competentes. En todo caso, esta circunstancia debería clarificarse en el artículo 23 del Anteproyecto.

Hecha la anterior precisión, de su resultado derivaría una segunda consideración, relativa a los accesos al sistema integrado establecido en el artículo 22 del Anteproyecto y que no son recogidos en ningún lugar del texto, de modo que **sería necesario incorporar al citado precepto una previsión expresa acerca del modo en que las distintas Administraciones competentes podrán acceder al contenido del citado sistema integrado obrante en la ventanilla única.**



VII

Las consideraciones anteriores conducen a la necesidad de analizar a continuación si las cesiones que pudiesen producirse en el ámbito del sistema integrado previsto en el artículo 22 y de la plataforma establecida en el artículo 23.

Si el intercambio se produjese únicamente entre las Administraciones competentes de origen, limitándose la participación del Ministerio a proveer del sistema de información que facilitase dicho intercambio, existiendo una comunicación entre las dos administraciones la legitimación sería la analizada en el apartado V de este informe.

Si, por el contrario, se produjese un intercambio de información derivado de la comunicación por la Administración de origen al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la información obrante en los distintos registros administrativos y de éste, a su vez, a la Administración competente de destino, nos encontraríamos ante dos cesiones de datos que, en principio, no podrían contar con la misma base legitimadora analizada en el apartado V, toda vez que, como regla general, el Ministerio no tendría la consideración de Administración competente en relación con el operador económico a los efectos de supervisión establecidos en la norma. Por ello, habría de analizarse si concurre en ese caso una causa de legitimación distinta, de las analizadas en el apartado IV del presente informe.

Ciertamente, el hecho de que la creación del sistema se llevase a cabo por medio de una norma con rango de Ley como la sometida a informe podría dar a entender que las cesiones de datos derivadas de su creación se encontrarían amparadas por lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, por cuanto sería ésta la norma que legitimaría el tratamiento. Sin embargo, esta Agencia ha puesto reiteradamente de manifiesto que la mera previsión de un determinado tratamiento o cesión de datos por un proyecto de disposición con rango de Ley no implica por sí sola la licitud de ese tratamiento o cesión desde el punto de vista de la normativa de protección de datos por cuanto constituyendo dicha habilitación legal una limitación del principio de consentimiento deberá respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, tal y como impone el artículo 53.1 de la Constitución. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala lo siguiente:

“En conclusión, tal como establece nuestra doctrina, es claro que la LOPD no permite la comunicación indiscriminada de datos personales entre Administraciones Públicas dado que, además, estos datos están, en principio, afectos a finalidades concretas y predeterminadas que son las que motivaron su recogida y tratamiento. Por tanto, la cesión de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del afectado,



cuando se cedan para el ejercicio de competencias distintas o que versen sobre materias distintas de aquellas que motivaron su recogida, únicamente será posible, fuera de los supuestos expresamente previstos por la propia LOPD, si existe previsión legal expresa para ello [art. 11.2.a) en relación con el 6.1 LOPD] ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, los límites al derecho a consentir la cesión de los datos a fines distintos para los que fueron recabados están sometidos a reserva de ley. Reserva legal que, como es obvio, habrá de cumplir con los restantes requisitos derivados de nuestra doctrina- esencialmente, basarse en bienes de dimensión constitucional y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad- para poder considerar conforme con la Constitución la circunstancia de que la norma legal en cuestión no contemple, por tanto, la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para autorizar la cesión de datos.”

De este modo deberá verificarse si dicha habilitación resulta coherente con los principios de protección de datos y, particularmente, con los consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, añadiendo el artículo 4.2 que “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

De este modo, la habilitación legal conferida por el Anteproyecto sometido a informe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha de fundamentarse en la concurrencia de una finalidad determinada, explícita y legítima, basada, como se desprende de la jurisprudencia constitucional citada en bienes de dimensión constitucional.

Ello implica que para que la habilitación legal que conferiría la norma pueda considerarse acorde con lo dispuesto en la normativa de protección de datos la cesión de los datos debería traer su causa, en el presente caso, de la aplicación de la regla de equilibrio de derechos e intereses establecida en el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, al que se hizo referencia en el apartado IV de este informe, teniendo en cuenta la doctrina que, en relación con el mismo, ha sido elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esencialmente en su sentencia de 24 de noviembre de 2011, también referida en el citado apartado de este informe. De este modo, como resultado de aplicar una adecuada ponderación entre el derecho a la protección de datos de carácter personal de los afectados cuyos datos obrasen en los registros a los que se refiere el artículo 22 del Anteproyecto y los bienes con dimensión constitucional que fundamentan la medida consistente en legitimar su tratamiento conjunto por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, podría considerarse el tratamiento debidamente amparado en las



normas de protección de datos, de forma que la excepción legal al consentimiento derivada de la aprobación de la norma sometida a informe sería conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y, en consecuencia, en el artículo 18.4 de la Constitución que aquélla desarrolla.

Para ello resulta especialmente relevante el estudio de los principios que justifican la aprobación del Anteproyecto ahora informado, así como el hecho de que el mismo deriva de lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución, que aparece expresamente mencionado en el propio encabezamiento de su Exposición de Motivos.

De este modo, la creación de un sistema uniforme de base de datos que aglutinase los distintos registros de las autoridades competentes relacionados con la autorización, declaración responsable o comunicación de actividades de los operadores económicos traería su fundamento y finalidad de la adecuada garantía del principio de unidad de mercado, consagrado por la norma constitucional, garantizada en el Proyecto sometido a informe mediante la regulación de los distintos principios consagrados por sus Capítulos II, III, IV y V, de entre los que debe hacerse especial referencia a los principios de eficacia de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, simplificación de cargas y cooperación mutua entre autoridades competentes.

De este modo, el tratamiento de los datos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas consistente en la integración de la información obrante en los distintos registros sectoriales de las autoridades competentes, con la finalidad de garantizar la unidad de mercado y la libre circulación mediante la aplicación de los principios a los que acaba de hacerse referencia, teniendo en cuenta que los datos contenidos en los registros deberán proceder de la regulación establecida para cada uno de ellos por su normativa reguladora y que dichos datos deberán, con carácter general, ser los adecuados, pertinentes y no excesivos para garantizar la acreditación del cumplimiento de las condiciones para la actividad de los operadores económicos, cabrá considerar que la cesión de los datos al Ministerio y el tratamiento de dichos datos por parte del mismo se encuentra amparado en la existencia de un interés legítimo constitucionalmente relevante y que prevalecería sobre el derecho a la protección de datos de los afectados, por lo que la habilitación legal conferida por el Anteproyecto sometido a informe sería conforme al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, permitiendo así el tratamiento de los datos y las cesiones necesarias para éste o derivadas de aquél.

VIII

No obstante lo que acaba de indicarse, es preciso especificar en el presente informe ciertas consideraciones que deberán ser tenidas en cuenta



tanto por el propio Anteproyecto como, esencialmente, por su desarrollo reglamentario posterior.

La primera de ellas se refiere a la necesidad de consagrar en el texto las previsiones que vayan a resultar de aplicación en relación con los accesos por parte de autoridades competentes distintas a las que introducen los datos en el registro a la citada información para la verificación de la concurrencia de los requisitos necesarios para la supervisión de los operadores sometidos a un régimen de autorización, declaración responsable o comunicación, tal y como se apuntó ya en el apartado VI de este informe.

Pero al propio tiempo, resulta especialmente relevante tener en consideración cuál habrá de ser la función del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en relación con la base de datos objeto de creación, teniendo en cuenta que la información será objeto de remisión por parte de las autoridades competentes, en los términos establecidos en el Anteproyecto y su normativa de desarrollo y que la integración en la base de datos de la información no constituye un requisito necesario para el inicio o ejercicio de la actividad (artículo 22.5 del Anteproyecto), coexistiendo la base de datos con los registros de las autoridades competentes, cuyas competencias se respetan íntegramente, conforme al artículo 22.6.

A tal efecto, resulta relevante traer a colación el análisis efectuado por el Tribunal Supremo, que viene a diferenciar dentro del régimen de la Ley Orgánica 15/1999 las figuras del responsable del fichero y el responsable del tratamiento.

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 junio 2004 el Tribunal señalaba que “Se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento”.

Igualmente, la doctrina citada fue aplicada igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 2005 a los ficheros relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, considerando al titular o gestor del fichero común como responsable del fichero y a las entidades informantes como encargadas del tratamiento, considerando que la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999 obligaba a modificar la jurisprudencia



recaída en relación con procedimientos tramitados durante la vigencia de la Ley Orgánica 5/1992, contenida en las sentencias del Tribunal Supremos de 13 de abril, 29 de julio y 3 de diciembre de 2002.

La consecuencia esencial de la diferenciación entre los responsables del fichero y del tratamiento consiste en la modulación en la aplicación de las normas de protección de datos aplicables a cada uno de ellos.

Así, en primer lugar, será el responsable del tratamiento; es decir, quien comunica el dato al fichero común, quien haya de garantizar el cumplimiento de los principios vinculados con la necesaria exactitud de los datos, conforme a lo previsto en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999. Esta circunstancia ya se da en el supuesto previsto en el Anteproyecto, al establecer el artículo 22.4 un procedimiento de actualización periódica de la información.

Pero del mismo modo, esta obligación de exactitud implica que deberá ser el responsable del tratamiento (es decir, la autoridad competente que suministra la información) y no el del fichero común (es decir, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) quien proceda, en su caso, a la rectificación, cancelación o actualización de los datos, de forma que esta facultad no podría en ningún caso corresponder al responsable del fichero. Ello implica, a su vez que en caso de ejercitarse los derechos e acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el responsable del fichero éste debería limitarse a dar traslado de la solicitud al responsable del tratamiento; es decir, a la autoridad competente, para que fuera ésta la que resolviese lo que correspondiera conforme a la normativa reguladora del Registro.

A su vez, ello se traduciría en la necesidad de implantación sobre la base de datos de medidas de seguridad garantías que impidieran su alteración y garantizaran su integridad, de forma que una vez facilitados los datos por las autoridades competentes responsables del registro y, desde la perspectiva de protección de datos, responsables del tratamiento, debería permitirse verificar la imposibilidad de alterar la información salvo en casa de que así lo requiriese la propia autoridad competente.

Esas medidas de seguridad deberían además extenderse a la gestión de los usuarios con acceso a los registros, especialmente en los supuestos en que la norma que los hubiera creado no previese su publicidad formal. En este punto, debe traerse nuevamente a colación lo dispuesto en el artículo 4.1 en cuanto al principio de proporcionalidad en el tratamiento, que deberá igualmente regir el acceso a los datos que se incorporasen al sistema integrado, de forma que sólo las autoridades competentes en relación con un determinado operador económico o con un determinado sector pudiese acceder a la información registral no dotada de publicidad formal que obrase en el sistema de información. Por ello, sería esencial que el sistema gozase de las adecuadas medidas de seguridad de gestión de usuarios y, particularmente, de



registro de los accesos producidos a la información contenida en la base de datos.

Lógicamente, la mayor parte de las cuestiones a las que se está haciendo referencia deberán ser objeto de especial atención en la normativa reglamentaria que en su caso sea dictada en desarrollo del Anteproyecto sometido a informe. No obstante existen ciertas cuestiones que deberán ser objeto de especial atención y referencia en el articulado:

Así, además de la ya reiterada referencia a los accesos a los datos del sistema **será preciso que el Anteproyecto recoja expresamente en su artículo 22 que la base de datos a la que el mismo se refiere se encontrará sometida a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y que el apartado 3 se refiera, además de a las garantías derivadas del Esquema Nacional de Interoperabilidad, al necesario cumplimiento de lo dispuesto en materia de seguridad por el Esquema Nacional de Seguridad y la normativa de protección de datos de carácter personal.**

En todo caso, y como puede desprenderse de lo que ha venido señalándose, el desarrollo reglamentario de lo establecido en el artículo 22 del Anteproyecto, así como de las normas reguladoras de los intercambios de información en materia de supervisión deberán ser sometidos a informe de esta Agencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica 15/1999 y 5 b) del Estatuto de la Agencia.

IX

Debe, por último, hacerse referencia a la cesión prevista en el artículo 25.2 del Anteproyecto, conforme al cual “las autoridades competentes, incluyendo a los colegios profesionales, a solicitud motivada de otra autoridad competente, comunicarán, en el marco de la legislación vigente, las medidas disciplinarias y sanciones administrativas y firmes que hayan adoptado respecto a los operadores económicos y que guarden relación con los bienes producidos o su actividad comercial o profesional”.

Se prevé así un intercambio de información entre autoridades competentes de la información relacionada con la posible inhabilitación o retirada de la autorización para el desarrollo de la actividad o el ejercicio de la actividad comercial o profesional, que como regla general quedará amparada por lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 15/1999, en los términos analizados en el apartado IV de este informe.

Especial referencia debe realizarse, no obstante, a la comunicación de los datos relacionada con los Colegios Profesionales. A tal efecto, debe recordarse lo dispuesto en la Ley de Colegios Profesionales como



consecuencia de la reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Así el artículo 1.3 de la Ley incorporó entre los fines esenciales de estas Corporaciones “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”, imponiendo el artículo 10.2 a) el acceso, a través de la ventanilla única regulada por el propio artículo 10 “al Registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: nombre y apellidos de los profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional”.

De este modo, la Ley 25/2009 ya establecía un principio de publicidad de la situación de ejercicio profesional que, obviamente, se ve influida como consecuencia de la imposición de las medidas y sanciones a las que se refiere el artículo 25.2 del Anteproyecto sometido a informe.

No obstante, el texto ahora informado excede del ámbito de publicidad previsto en la citada Ley, por cuanto también prevé la cesión a las autoridades competentes de los datos concretos referidos a las medidas disciplinarias y sanciones adoptadas, lo que no aparece estrictamente en el registro de profesionales que deberá constar en la ventanilla única a la que se ha hecho referencia. De este modo, podría entenderse que la habilitación legal contenida en el Proyecto excedería de la actualmente prevista en la Ley de Colegios Profesionales, debiendo así plantearse si existe una justificación a la misma, ponderada en los términos que se acaban de realizar en cuanto al sistema creado por el artículo 22 del Anteproyecto.

Y sentada esta premisa será precisamente la aplicación de los criterios de ponderación a los que se ha hecho referencia en el apartado VII de este informe la que legitimará la transmisión de los datos de sanciones o medidas disciplinarias procedentes de los colegios profesionales a otras autoridades competentes, toda vez que dichas resoluciones afectarán necesariamente al posible ejercicio de la actividad en todo el territorio nacional.

En este sentido, y aun siendo conscientes de que no sería directamente aplicable al supuesto analizado, el fundamento de la comunicación de tales datos sería similar al establecido en el ámbito del Mercado Interior por el Sistema de Información del Mercado Interior, creado y regulado por el Reglamento (UE) 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, citado por la Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto sometido a informe.

En este sentido, puede tenerse en consideración lo señalado en el apartado 1 del Preámbulo del citado Reglamento, en cuanto a la fundamentación de la creación del Sistema de información, indicando que “la aplicación de ciertos actos jurídicos de la Unión que regulan la libre circulación



de mercancías, personas, servicios y capitales en el mercado interior precisa que los Estados miembros cooperen más eficazmente e intercambien información entre sí y con la Comisión. Puesto que los medios prácticos con los que llevar a cabo tal intercambio de información no suelen especificarse en dichos actos, es necesario establecer las medidas prácticas apropiadas”.

Este argumento puede considerarse extrapolable al supuesto que estamos analizando en el presente caso, permitiendo concluir en la conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de la cesión de datos relativos a la imposición de medidas disciplinarias o sanciones por los Colegios Profesionales aun cuando dicha cesión exceda de la información contenida en el Registro accesible a través de su ventanilla única.

X

En consecuencia, se considera que las cesiones de datos previstas en el Capítulo VI del Anteproyecto sometido a informe resultan conformes con lo exigido por la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de que deban tenerse especialmente en cuenta, en lo referente a la creación de la base de datos de integración de registros sectoriales, efectuada por el artículo 22 y la plataforma de intercambio de información prevista en el artículo 23, las observaciones contenidas en este informe, fundamentalmente en sus apartados VI y VIII.