

0022/2026

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que se acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

I

Con carácter previo al análisis de la norma objeto de esta consulta procede hacer notar que el objetivo principal de este anteproyecto de Ley es garantizar una obtención eficaz, rápida y jurídicamente segura de las pruebas electrónicas en los procesos penales. *“Asimismo, mediante este anteproyecto de Ley se consiguen otros objetivos, que son:*

- a) *Modernizar la cooperación judicial penal, mediante:*
 - *La reducción de los tiempos de tramitación.*
 - *Se permite que las órdenes europeas de producción (EPOC) y conservación (EPOC-PR) se dirijan directamente a los prestadores de servicios (y no a las autoridades judiciales).*
- b) *Garantizar la eficacia en la persecución del delito, al facilitar la obtención de pruebas electrónicas y asegurar su conservación inmediata.*
- c) *Armonización obligatoria del marco jurídico nacional en relación con el resto de los Estados miembros, en materia de obtención y conservación de pruebas electrónicas en procesos penales, para cumplir con el paquete e-evidence.*
- d) *Protección de los derechos fundamentales, principalmente en materia de protección de datos, información al usuario y confidencialidad. Protección efectiva mediante la interposición de recursos jurisdiccionales frente a las órdenes europeas de producción y de conservación”.*

Se trata de una ley ordinaria que se compone de dos títulos con 16 artículos, 3 disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

“El título I sobre «Medidas para obtener y conservar pruebas electrónicas» modifica, mediante su artículo 4, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de

*reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
Desarrolla o complementa el Reglamento (UE) e-evidence.*

*El título II (artículos 5 a 16) establecen las normas para la designación de establecimientos designados y representantes legales. **Transpone la Directiva (UE) e-evidence.***

Se compone de cuatro capítulos que son:

- *El capítulo I (artículo 5) sobre los sujetos de aplicación.*
- *El capítulo II (artículos 6 a 8) sobre las obligaciones de los prestadores de servicios.*
- *El capítulo III (artículo 9) sobre la autoridad de supervisión y control (CNMC).*
- *El capítulo IV (artículos 10 a 16) regula el régimen sancionador.*

La norma se cierra con:

- *Una Disposición adicional primera sobre los formularios habilitados para la notificación del establecimiento designado o representante legal; una Disposición adicional segunda sobre estadística y una Disposición adicional tercera sobre el directorio europeo CDB.*
- *Una Disposición transitoria única sobre el plazo para la designación de establecimientos designados y representantes legales.*
- *La Disposición derogatoria única deroga las disposiciones de igual o inferior rango que contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en esta norma.*

- La Disposición final primera modifica la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Por último, las Disposiciones finales segunda, tercera, cuarta y quinta regulan, respectivamente, el título competencial, la incorporación y desarrollo de normas de derecho europeo, la habilitación normativa y la entrada en vigor, al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

Esta ley se dicta al amparo de las competencias estatales previstas en el artículo 149.1.6.^a CE sobre legislación procesal, en el artículo 149.1.18.^a CE sobre el procedimiento administrativo común y en el artículo 149.1.21.^a CE sobre telecomunicaciones.

No se han recogido impactos significativos en la economía, si bien sí se contemplan nuevas cargas administrativas. Tampoco se han registrado impactos en materia de género, medioambiental, en la infancia, adolescencia o en la familia.

En síntesis, el APL persigue tanto adaptar el Reglamento UE 2023/1543 sobre órdenes europeas de producción y conservación de pruebas electrónicas, como trasponer la Directiva 2023/1544 sobre designación de representantes legales para pruebas electrónicas. Su objetivo final es garantizar una obtención de prueba electrónica más rápida, eficaz y segura en procesos penales, superando los mecanismos clásicos de cooperación judicial, en ocasiones lentos y con limitaciones territoriales.

El cambio más relevante lo encontramos en la evolución hacia un modelo más directo en el que la autoridad judicial de un Estado Miembro puede ordenar directamente a un proveedor en otro Estado Miembro la entrega de datos o la conservación de datos (EPOC o EPOC-PR respectivamente), lo que rompe con los modelos clásicos basados en la intermediación del Estado requerido. En palabras de su Exposición de Motivos:

“Por su parte, el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, crea ex novo dos órdenes europeas de

carácter transfronterizo como son la orden europea de producción o EPOC (por sus siglas en inglés de European Production Order Certificate) y la orden europea de conservación o EPOC-PR (por sus siglas en inglés de European Preservation Order Certificate), de pruebas electrónicas en procesos penales. Se trata de un sistema de cooperación híbrido conforme al cual la autoridad judicial de un Estado miembro puede dirigirse directamente a un prestador de servicios situado en otro Estado miembro, para solicitarle la entrega o preservación de datos de abonado, de tráfico y de contenido que pueda tener almacenados y que resultan necesarios para una investigación penal por un concreto delito ya cometido o para la localización de una persona condenada al objeto de poder ejecutar la pena o medida de seguridad privativa de libertad impuesta”.

Siendo de directa aplicación el Reglamento UE 2023/1543 a través de este proyecto normativo se crean normas internas de ejecución, autoridades competentes y procedimientos nacionales complementarios, y en trasposición de la Directiva 2023/1544 se designan establecimientos o representaciones legales y se establece un sistema de notificación y control.

En concreto se atribuye a la CNMC funciones de supervisión, interviniendo en el control de la designación de representantes y en el ejercicio de la potestad sancionadora. De nuevo en palabras de la EM:

“La supervisión del cumplimiento de estas obligaciones se atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), designada como autoridad central a efectos de la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023. Esta opción se alinea con el modelo adoptado por la mayoría de los Estados miembros, dada la experiencia de estas autoridades en el mercado de servicios digitales (...)

La disposición final primera modifica la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con el fin de atribuirle las funciones y medios para ejercer como autoridad central a efectos de la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023”.

Por último, cabe destacar que el sistema introduce garantías para la protección de derechos tales como la posibilidad del Estado Miembro (en adelante EM) de ejecución de denegar la petición por vulneración de derechos fundamentales,

inmunidades o non bis in ídem, al tiempo que se contempla el posible control judicial por el Estado emisor.

II

Centrando, como no pudiera ser de otra manera, nuestro análisis en su impacto en materia de datos personales debemos indicar que su impacto es muy significativo en este derecho fundamental previsto en nuestro artículo 18.4 CE, al afectar directamente al equilibrio entre la investigación penal y los derechos fundamentales.

El contenido de este APL supone consagrar en nuestro Ordenamiento Jurídico un nuevo sistema de acceso de los datos personales, que en lugar de basarse en el acceso a datos personales de otro EM mediante cooperación judicial formal, pasa a permitir el acceso directo entre la autoridad y el proveedor (a pesar de que pueda estar en otro país), con el consiguiente impacto en términos de reducción de control del Estado donde están los datos, y de flexibilización del principio de territorialidad en materia de protección de datos.

“Esta iniciativa, basada en el principio de reconocimiento mutuo, reduce de forma significativa los plazos de investigación en los procesos penales y de obtención de pruebas, así como los costes administrativos y evita el riesgo de pérdida o alteración de la prueba digital, especialmente volátil. Asimismo, la delimitación clara de las categorías de datos (de tráfico, de contenido, de abonados, o solicitados con el único fin de identificar al usuario) y de las autoridades competentes, así como el establecimiento de plazos razonablemente cortos para la ejecución de las órdenes y la regulación de un sistema de remisión de las órdenes europeas de producción y de conservación dirigidas directamente a los prestadores de servicios, sin intermediarios, contribuyen sin duda a la eficiencia procesal”.

Por último, antes de comenzar con el análisis pormenorizado de su articulado, debemos hacer notar la emisión por el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB en sus siglas en inglés) del Dictamen 23/2018, relativo a las propuestas de la Comisión Europea sobre las órdenes europeas de conservación y entrega de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal (artículo 70, apartado 1, letra b), así como al Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas relativas a las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de

enjuiciamiento penal (2020/C 32/04), de cuyas conclusiones destacan las siguientes recomendaciones:

“Al margen de los comentarios generales y de las principales recomendaciones antes mencionadas, el SEPD ha formulado recomendaciones adicionales en este dictamen en relación con los siguientes aspectos de las propuestas:

- la referencia al marco de protección de datos aplicable;*
- los derechos de los interesados (mayor transparencia y derecho a la tutela judicial efectiva);*
- los interesados a los que se aplican privilegios e inmunidades;*
- la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas en procesos penales;*
- los plazos para cumplir el EPOC y entregar los datos;*
- la posibilidad de que los proveedores de servicios se opongan a las órdenes por motivos limitados”.*

Las citadas recomendaciones realizadas por el Supervisor Europeo fueron sustancialmente tenidas en cuenta a la hora de aprobarse el Reglamento e-Evidence, tal y como resulta, en síntesis, del siguiente análisis:

- La referencia al marco de protección de datos aplicable se plasma en el Considerando número 14 por el que se establece que: *“Al aplicar el presente Reglamento, los Estados miembros deben velar porque los datos de carácter personal estén protegidos y sean tratados de conformidad con el **Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD)** y la **Directiva (UE) 2016/680**, así como con la **Directiva 2002/58/CE** (Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas), también en los casos de utilización posterior, transmisiones y transferencias ulteriores de los datos obtenidos”.*
- La referencia a los derechos de los interesados, especialmente en cuanto a mayor transparencia y derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, se plasma en el Considerando 10 por el que se establece que: *“El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y la Carta, por el Derecho internacional y por los acuerdos internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, incluido el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las*

Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación. Entre estos derechos y principios se incluyen, en particular, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad, así como el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción penal". Así como en los considerandos 14, 16, y 17, y también con carácter general a lo largo de su articulado, en el que se regula la ejecución de estas órdenes introduciendo cautelas y garantías a favor de la transparencia y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

- La cuestión de los interesados a los que se le aplican privilegios e inmunidades se aborda en el Considerando 11: *Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento debe interpretarse en el sentido de que impide la denegación de una orden europea de producción de pruebas electrónicas (en lo sucesivo, «orden europea de producción») por parte de una autoridad de ejecución cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden europea de producción ha sido emitida con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, orientación sexual o identidad de género, nacionalidad, lengua u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones.* A pesar de no mencionarse en el mismo de manera expresa tales privilegios e inmunidades, sí se establece una protección especial para evitar el uso abusivo de estas órdenes europeas de producción con fines discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales.
- La **designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales** se regula específicamente en la **Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023**, que complementa al Reglamento (UE) 2023/1543, en el cual se menciona esta Directiva en el **Considerando (4)**, indicándose que el Reglamento (UE) 2023/1543 no afecta a los actos jurídicos de la Unión que contemplen el intercambio, acceso y utilización de datos con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, incluyendo la Directiva (UE)

2023/1544, que establece normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales.

- La recomendación relativa a los plazos para cumplir con la EPOC y entregar los datos se refleja, entre otros, en el artículo 10, donde se señala un plazo ordinario de 10 días para la ejecución de la EPOC, y de 8 horas en los casos urgentes.
- La posibilidad de que los proveedores de servicios se opongan a las órdenes por motivos limitados se recoge, a modo de ejemplo, en el artículo 11 al contemplar la posibilidad de los prestadores de servicios de no estar obligados a cumplir con las órdenes que violen el Derecho de la Unión Europea o los derechos fundamentales.

III

Comenzando por el artículo 2 del APL objeto de estudio, sobre su ámbito de aplicación, se trata de un artículo que tiene un impacto significativo en esta materia al definir el ámbito de aplicación subjetivo (a qué prestadores de servicios se les va a aplicar este APL) y al establecer criterios para determinar cuándo un prestador de servicios está sujeto a las obligaciones de cooperación judicial en la UE, incluyendo las relacionadas con la obtención y conservación de pruebas electrónicas.

En concreto, este proyecto normativo tendrá impacto en los siguientes tres tipos de prestadores de servicios: Servicios de comunicaciones electrónicas con remisión a lo dispuesto en la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones; Servicios de nombres de dominio y direcciones IP; y Otros servicios de la información con remisión a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI).

En cuanto a su ámbito de aplicación territorial se establece que un prestador de servicios los ofrece en la UE y por lo tanto estará sujeto a la ley, si cumple los siguientes dos requisitos:

- Permite que personas físicas o jurídicas en la UE utilicen sus servicios.
- Mantiene una conexión sustancial con la UE, la cual se presume si tiene un establecimiento en la UE, tiene un número significativo de usuarios en la UE, o dirige actividades hacia la UE (publicidad local, uso de idiomas o moneda de la UE, etc).

La regulación así dispuesta resulta alineada con la aplicación territorial prevista en el artículo 3 RGPD, donde también se recogen diversos supuestos en los que se aplicará el RGPD aunque se trate de un RT o ET no establecido en la UE pero las actividades del tratamiento estén relacionadas con: i) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o ii) el control de su comportamiento en la medida en que este tenga lugar en la Unión (artículo 3.2 RGPD)

De manera resumida, los prestadores de servicios que recaigan dentro del ámbito de aplicación dispuesto en este APL deberán ajustar los tratamientos de datos personales que realicen al cooperar con las autoridades judiciales en la ejecución de estas órdenes con pleno respeto de la normativa en materia de protección de datos. De este modo, los datos así tratados solo podrán ser obtenidos y conservados para los fines de la investigación penal de la cual se trate, pero no para otros (i.e. vigilancia masiva). Las órdenes judiciales deberán ser proporcionadas y justificadas, y los usuarios afectados tendrán derecho a ser informados, salvo que dicha información esté prohibida por motivos ligados a la investigación que se esté siguiendo. Finalmente, y de manera coherente con el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5 RGPD) los prestadores deberán garantizar medidas técnicas y organizativas para proteger los datos obtenidos en el marco de las órdenes judiciales.

La cuestión relativa a la aplicación del régimen normativo de protección de datos en relación con el establecimiento de este nuevo sistema para obtener y conservar pruebas electrónicas se regula en el artículo 3 de este APL, en cuya virtud:

“En lo no dispuesto en el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, el tratamiento de los datos personales derivado de la emisión y ejecución de las órdenes europeas de producción y de las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales se ajustará 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 datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, a

la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y a la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones”.

El precepto que acabamos de citar pretende resolver el régimen de protección que habrá de aplicarse en materia de protección de datos cuando el Reglamento UE 2023/1543 no regule una cuestión concreta.

De su propia dicción literal resulta que este precepto **prevé la aplicación del RGPD (normas generales en materia de protección de datos) para los casos no previstos en el citado Reglamento UE, es decir, se prevé que dicho Reglamento constituya la ley especial, y que el RGPD actúe con carácter supletorio, o en defecto del primero.**

Sin embargo, y siendo difícil que no fuera así, el precepto ut supra transcrito mezcla distintos tipos de normas, al referirse por un lado a la normativa general (RGPD y LO 3/2018, de 5 de diciembre) aplicable fundamentalmente a los prestadores de servicios, y por el otro a la normativa vinculada con el régimen penal (Directiva 2016/680, transpuesta por LO 7/2021) aplicable fundamentalmente a las autoridades policiales y judiciales.

Comoquiera que el citado precepto no distingue de manera pormenorizada ambos planos de aplicación, limitándose a citarlos conjuntamente, se genera un riesgo de confusión en la determinación del régimen aplicable al resultar en la práctica que unos y otros tratarán los mismos datos personales dentro de un mismo procedimiento, cuestión que habrá que ir deslindando caso por caso a fin de garantizar un correcto desdoblamiento del tratamiento del dato.

Siguiendo la pauta marcada por el Reglamento UE 2023/1543 el sistema distingue entre datos de abonado (con presumiblemente bajo impacto), datos de tráfico (con impacto medio), y datos de contenido tales como archivos o mensajes (donde el impacto puede ser mayor al poder afectar al núcleo del concepto de privacidad), los cuales son definidos en el artículo 4 de dicho Reglamento. En relación con ellos el artículo 4 del APL que se informa, sobre *modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE*, establece que:

“Se añade una nueva disposición adicional octava a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea con el siguiente tenor:

«Disposición adicional octava. Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales.

1. La determinación de la autoridad de emisión seguirá las siguientes reglas:

a) La autoridad de emisión de una orden europea de producción para obtener datos de los abonados o para obtener datos solicitados con el único fin de identificar al usuario será el órgano jurisdiccional o el fiscal competente en el asunto de que se trate.

b) La autoridad de emisión de una orden europea de producción para obtener datos de tráfico, excepto los solicitados con el único fin de identificar al usuario, o para obtener datos de contenido será el órgano jurisdiccional competente en el asunto de que se trate.

c) La autoridad de emisión de una orden europea de conservación de datos de cualquier categoría será el órgano jurisdiccional o el fiscal competente en el asunto de que se trate.

d) En caso de urgencia, la policía podrá emitir sin validación previa una orden europea de producción de datos de los abonados o de datos solicitados con el único fin de identificar al usuario o una orden europea de conservación. La policía solicitará la validación posterior de la orden por el órgano jurisdiccional competente en el asunto de que se trate, sin demora indebida y, a más tardar, en un plazo de 48 horas. De no concederse validación posterior, la policía retirará la orden inmediatamente y suprimirá cualquier dato obtenido o restringirá de otro modo su uso”.

La adición de esta disposición adicional octava en la Ley 23/2014, tiene un impacto directo tanto en materia de protección de datos personales como en el marco procesal penal, **al regular quién puede emitir órdenes europeas de producción (EPOC) y de conservación (EPOC-PR), así como los requisitos de validación y urgencia.**

En síntesis, la autoridad que podrá emitir cada tipo de orden se establece del modo siguiente:

- El órgano jurisdiccional o fiscal competente puede emitir EPOC para datos de abonados o identificación de usuarios, al considerarse menos sensibles que otro tipo de datos.
- Solo el órgano judicial competente puede emitir EPOC para datos de tráfico o de contenido, al considerarse altamente sensibles.
- El órgano judicial o fiscal competente puede emitir EPOC-PR (conservación de datos de cualquier categoría), siempre que sea proporcionada y temporal.
- La Policía (sin ser necesaria validación previa) pero con validación judicial posterior en 48 horas, puede en casos urgentes emitir EPOC o EPOC-PR para datos de abonados o de identificación, si bien en caso de no obtenerse posterior validación los datos deberán ser suprimidos o restringirse, según el caso.

A pesar de que esta nueva disposición adicional octava tiene un claro impacto en materia de protección de datos es posible realizar una valoración positiva de ella dado que:

- Refuerza el control judicial para el acceso a los datos sensibles (tráfico y contenido), alineándose con el régimen de protección previsto en el RGPD y en la Carta de DDFF.
- Permite la intervención en casos urgentes, si bien con necesaria validación judicial posterior, lo que garantiza el control judicial sobre la protección de este DDFF.
- Establece salvaguardas claras para el tratamiento de los datos personales en el marco de estas órdenes europeas, tales como, a modo de ejemplo, la supresión de los datos no válidos, o el necesario respeto al principio de proporcionalidad.

El contenido de esta Disposición contempla también aspectos clave en materia de protección de datos personales tales como, los derechos de los interesados, procedimientos de reexamen y las vías de recurso (apartados 5 a 11 de la disposición adicional octava).

En particular, el punto 5 sobre información del usuario y confidencialidad resulta, a su vez, conforme con la regulación del artículo 13 del Reglamento UE 2023/1543, en el que se regula la información a los interesados y confidencialidad en el contexto de las órdenes europeas de producción.

El punto 6 designa a la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia de Madrid, como autoridad de ejecución en España para el Reglamento UE de continua referencia. La autoridad de ejecución en España será la encargada de centralizar la ejecución de las órdenes, lo que facilitará el control y la

supervisión del cumplimiento de las garantías de protección de datos, y asegurará que las órdenes se ejecuten bajo supervisión judicial, reduciendo el riesgo de tratamientos ilícitos.

El punto 7 introduce el procedimiento de re-examen en caso de conflicto con el Derecho de un tercer país, en relación con el artículo 17 del citado Reglamento UE. Dicho procedimiento en España puede sintentizarse del modo que sigue:

- El Ministerio Fiscal (autoridad de emisión) solicitará el re-examen a la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia competente.
- El Fiscal Europeo Delegado solicitará el re-examen a la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia.
- El Juez de Sección de Instrucción, solicitará el re-examen a otro juez de la misma Sección (según turno)
- El Juez del Tribunal Central de Instancia, solicitará el re-examen a otro juez del mismo Tribunal (según turno).

La orden se suspenderá hasta que concluya el re-examen, y la decisión sobre el re-examen puede recurrirse en apelación.

El punto 8 trata las vías de recurso efectivas, y está relacionado con el artículo 18 del citado Reglamento UE, pudiéndose sintentizar del modo que sigue los recursos según la autoridad emisora:

- Cuando la autoridad emisora sea el órgano jurisdiccional, podrá interponerse recurso de reforma y de apelación
- Cuando lo sea el Ministerio Fiscal, podrá impugnarse ante la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia en el plazo de 5 días.
- Cuando lo sea el Fiscal Europeo Delegado, podrá impugnarse ante la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia en el plazo de 5 días.

Las posibilidades de impugnación deben comunicarse a la persona afectada de la notificación (regla conforme a principios esenciales de derecho administrativo general), y los recursos se resolverán sin más trámite (salvo caso de apelación), a fin de garantizar la celeridad procesal.

El punto 9 aborda la notificación y transmisión de certificados, estableciendo que los certificados de las órdenes europeas podrán notificarse en español o inglés.

El punto 10 regula las sanciones por incumplimiento de alguno de los siguientes artículos del Reglamento 2023/1543: 10 (ejecución de la orden europea de producción), 11 (ejecución de una orden europea de conservación), 13.4 (deberes de confidencialidad, secreto e integridad), o 16.10 (incumplimientos del Reglamento).

La autoridad de ejecución (Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia de Madrid) impondrá las sanciones correspondientes a los destinatarios de las órdenes (ej.: prestadores de servicios que no cumplan con sus obligaciones).

A través de la imposición de este tipo de sanciones se persigue asegurar que los prestadores de servicios respeten la normativa en materia de protección de datos al ejecutar las órdenes europeas. Asimismo, se refuerza el ya citado principio de responsabilidad proactiva de los prestadores de servicios previsto con carácter general para todo responsable del tratamiento en el artículo 5.2 RGPD.

El punto 11 tipifica las infracciones vinculadas al incumplimiento de órdenes europeas en materia de protección de datos en el contexto del Reglamento UE 2023/1543, también conocido como Reglamento de Producción y Conservación de Datos en la UE, o e-Evidence. Se establece un listado de infracciones leves, graves y muy graves que persigue cualquier intento de limitar, frustrar o ralentizar injustificadamente el cumplimiento de una orden europea, con el fin de asegurar que las autoridades puedan acceder a los datos necesarios para las investigaciones sin perjudicar los derechos de los interesados. Asimismo, se regula un sistema de sanciones proporcionadas y disuasorias, con multas basadas en el volumen de negocios de los prestadores de servicios, que podrá llegar hasta el 1, 2, o 3% según se trate de leves, graves o muy graves. Se observa que este sistema de multas se asemeja al previsto en el RGPD con multas que pueden llegar a alcanzar hasta el 4% del volumen anual, si bien en el APL que estamos analizando se aplicarán en el ámbito del incumplimiento de las órdenes europeas de producción o conservación de datos.

La regulación prevista contempla garantías adecuadas dentro del procedimiento sancionador. En materia de graduación, de conformidad con lo dispuesto en el punto 13 se tendrán en cuenta factores como la intencionalidad, la reiteración, el beneficio obtenido o la colaboración con las autoridades, con el fin ya comentado de evitar sanciones desproporcionadas.

En materia de derecho de defensa, el punto 14 permite que las partes puedan presentar alegaciones y pruebas antes de la imposición de la sanción, así como el carácter recurrible de los acuerdos.

IV

El título II, Normas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales de prestadores de servicios, traspone la Directiva 2023/1544, por la que se establecen normas armonizadas para la designación

de establecimientos designados y de representantes legales de determinados prestadores de servicios que los ofrezcan en la UE. Con carácter general el APL que se informa se alinea con los requisitos previstos en la Directiva.

El artículo 5, sobre designación de establecimiento y representantes legales, complementa este marco regulatorio remitiendo al artículo 2 de esa normativa, que como vimos más arriba define los prestadores de servicios sujetos al ámbito de aplicación de este APL.

Su apartado segundo excluye expresamente a dos tipos de sujetos:

- Prestadores de servicios establecidos únicamente en España que ofrezcan servicios únicamente en territorio español, los cuales no estarán obligados a designar un representante legal en la UE para cumplir con las órdenes europeas de producción/conservación de datos, dado que su actividad carece de alcance transfronterizo.
- Servicios financieros regulados por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ley de libre acceso a actividades de servicios, por la que se regula el acceso a actividades de servicios en España estableciendo su artículo 2.2.b) la exclusión de su ámbito de aplicación de los servicios financieros.

De esta forma las pymes y empresas locales quedan excluidas y no tendrán que incurrir en costes derivados de la designación de representante legal en la UE, centrándose el APL en consonancia con la normativa europea en los prestadores de servicios de actividades transfronterizas, los cuales tendrán la obligación de designarlo, pudiendo incurrir en infracciones leves, graves o muy graves si incumplen una orden europea de producción o conservación de datos.

Seguidamente el artículo 6 detalla las obligaciones concretas de los prestadores de servicios en cuanto a la designación de un establecimiento designado o un representante legal de la UE, específicamente para el cumplimiento del Reglamento UE 2023/1543 y de la Directiva 2023/1544, siendo un precepto clave para poder entender quién debe designar un representante y establecimiento, dónde y en qué plazos, así como las excepciones y flexibilidades aplicables.

Se establecen tres escenarios principales para la designación de un establecimiento designado o representante legal, dependiendo de dónde esté establecido el prestador de servicios.

- Prestador establecido en España o UE que operan en España: tiene la obligación de designar al menos un establecimiento designado en

España. Y si ya tuviera designados establecimientos en otros EM de la UE se entiende cumplida la obligación, sin necesidad de designar uno adicional en España.

- Prestador no establecido en la UE que operan en España: tiene la obligación de designar al menos un representante legal residente en España. Si el prestador designa representantes legales en otros EM de la UE donde presta servicios y estos EM participan en los instrumentos del Reglamento UE 2023/1543, se entiende cumplida la obligación, sin necesidad de designar uno adicional en España.
- Prestador de servicios establecido en la UE (pero no en España) que no participa en los instrumentos del Reglamento UE 2023/1543: tiene la obligación de designar al menos un representante legal residente en España, y si el prestador designa representantes legales en otros EM de la UE donde presta servicios y estos EM sí participan en los instrumentos del Reglamento, se entiende cumplida la obligación.

Con el fin de flexibilizar la carga burocrática y de costes para las pequeñas empresas que cuente con entre 50 y 249 trabajadores, se permite que puedan designar el mismo establecimiento o representante legal en España para cumplir con todas sus obligaciones, sin perjuicio de las garantías de protección de datos. Así, por ejemplo, una pequeña empresa que opere en España, Francia y Portugal, podrá designar un único representante legal en España para cumplir el Reglamento en todos estos países.

El artículo 7 sobre obligaciones de dotación de competencias y recursos necesarios, refuerza las ideas expuestas obligando a los prestadores de servicios (establecidos en España o que operen en su territorio) a garantizar que sus establecimientos designados o representantes legales en España cuenten con las competencias y recursos necesarios para cumplir con las órdenes europeas y cooperar con las autoridades competentes. Lo que se persigue con este artículo es evitar que la designación sea meramente formal, exigiendo a los establecimientos o representantes legales designados que tengan capacidad real para:

1. Recibir, procesar y cumplir órdenes europeas electrónicas
2. Cooperar activamente con las autoridades competentes, incluyendo la AEPD en lo relativo a la protección de datos personales
3. Garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable

Aunque el precepto no define qué se entiende por competencias y recursos de manera concreta, deberán ser suficientes y podrán determinarse por vía

reglamentaria en función, por ejemplo, de las dimensiones o capacidades técnicas del prestador de servicios.

El artículo 8 establece las obligaciones de notificación que los prestadores de servicios deben cumplir frente a la autoridad central española, se trata de un artículo clave para garantizar la transparencia, accesibilidad y cooperación efectiva entre los prestadores de servicios, las autoridades judiciales y la Red Judicial Europea en materia penal.

El citado precepto busca centralizar la información sobre establecimientos designados y representantes legales de los prestadores de servicios que operan en España, para que las autoridades judiciales puedan contactarlos de manera ágil y segura en el marco de las investigaciones penales.

El artículo 8.1 establece una obligación de notificación inicial en donde los prestadores de servicios deberán notificar por escrito a la autoridad central española lo siguientes datos: datos de contacto del establecimiento designado o representante legal en España, lengua oficial de elección, cualquier otra información que la autoridad central le requiera. La notificación debe realizarse a través de un formulario oficial proporcionado por la autoridad central.

El artículo 8.2 añade que si un prestador designa varios establecimientos o representantes legales en la UE debe especificar en la notificación el ámbito territorial exacto, y la lengua oficial de elección de cada uno. Todo ello con el fin de evitar confusiones o retrasos en la ejecución de las órdenes.

El punto 8.3 indica que la autoridad central española publicará la información notificada en la página web de la Red Judicial Europea en materia penal, debiendo los prestadores comunicar cualquier cambio en la información para que pueda mantenerse actualizada.

El artículo 9 designa a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como autoridad central española encargada de supervisar, controlar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el título del que forma parte.

Su elección resulta justificada dado que ya supervisa sectores clave como las telecomunicaciones, energía, transporte y audiovisual; teniendo asimismo experiencia en cooperación con autoridades europeas en el marco de la Directiva de Servicios Digitales o en el Reglamento de Mercados Digitales.

Se trata de un organismo independiente del Gobierno, lo que contribuye a garantizar objetividad en la supervisión.

De conformidad con este precepto la CNMC será responsable de supervisar que lo prestadores de servicios cumplan con las obligaciones de designación de establecimientos o representantes legales, notificación a la autoridad central, obligaciones de cooperación con autoridades judiciales; así como de

controlar el cumplimiento mediante actuaciones inspectoras (art 9.4) y sanciones en caso de incumplimiento (art 11-12).

El artículo 9.3 contempla que deberá informar anualmente a la Comisión Europea sobre prestadores de servicios que incumplan las medidas de ejecución, y las sanciones impuestas.

V

Finalmente, el título II que venimos analizando concluye con el capítulo IV. Régimen sancionador (artículos 11-16), por el que se regula el régimen jurídico, sujetos responsables, infracciones, sanciones, graduación, competencia sancionadora y prescripción, en el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Reglamento UE 2023/1543, y la normativa española de transposición.

El ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de las especialidades que se regulan en este capítulo.

Se consideran responsables solidarios del incumplimiento de esta normativa al prestador de servicios y al establecimiento designado o representante legal, sin admitirse la falta de procedimientos internos como justificación.

Se tipifican como infracciones muy graves la falta de designación de establecimiento o representante legal, como grave el incumplimiento reiterado o significativo de dotación de recursos, y como leve la falta de notificación o dotación de recursos no significativa.

Las sanciones muy graves podrán ascender hasta 2 millones de euros, las graves hasta 500.000 euros, y las leves hasta 60.000 euros.

El tiempo de prescripción será de 3 años para las infracciones muy graves, 2 años para las graves, y 1 año para las leves. Y de 4 años para las sanciones muy graves, 3 años para las graves y 2 años para las leves.

A diferencia del Reglamento UE este APL opta por sanciones hasta una cantidad máxima fija, lo que se considera que puede ser más predecible para las empresas, pero también más rígido en el caso de las grandes corporaciones.

En general, se trata de un régimen sancionador claro y detallado, donde la única autoridad competente es la CNMC, lo que contribuye a evitar conflictos de competencia con otras autoridades. Sin embargo, dado que la CNMC no

sanciona incumplimientos del RGPD, es importante señalar que la AEPD podrá actuar si una orden judicial vulnera la normativa en materia de protección de datos con base en las competencias atribuidas en el RGPD y LO 3/2018.

VI

A modo de conclusión, tal como se ha ido señalando a lo largo de este informe con este APL España transpone adecuadamente el Reglamento UE 2023/1543, asegurando que las autoridades nacionales puedan ejecutar las órdenes europeas de forma ágil y segura, y al mismo tiempo sin vulnerar derechos fundamentales.

Del análisis de su contenido se aprecia que los potenciales riesgos que pudieran derivarse de ella, por poner un ejemplo la existencia de un potencial riesgo de tratamiento masivo de datos se atemperan a través de distintas medidas tales como la exigencia de que las solicitudes sean específicas y proporcionadas al fin de la investigación que se siga; asimismo, los derechos de los afectados podrán verse limitados en su ejercicio si perjudica los fines de la investigación (en consonancia con los límites reconocidos en el artículo 23 RGPD), si bien podrán ejercitarse una vez finalizada la investigación, salvo que su ejercicio perjudique al procedimiento. Las órdenes se ejecutarán dentro de la UE, evitando con ello transferencias a terceros sin garantías equivalentes, y eliminando de esta forma el potencial riesgo de una transferencia internacional de datos no conforme con el RGPD. Por último, los prestadores de servicios deben designar un representante legal en la UE para recibir y ejecutar las órdenes, lo que facilita el cumplimiento del RGPD.

Por todo lo expuesto, salvo mejor opinión fundada en Derecho no se aprecia que la regulación contenida en este APL entre en conflicto con el RGPD y LOPDGDD, dada su incorporación de salvaguardas específicas para garantizar la proporcionalidad, el control judicial y la seguridad de los datos, y dado que, como se ha analizado antes, contempla la aplicación supletoria tanto del RGPD y LO 3/2018, de 5 de diciembre, como de la Directiva 2016/680, transpuesta por LO 7/2021, para cuestiones no reguladas en ella (art 3 APL ut supra comentado).