



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 26 de julio de 2017, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LA LEY ORGANICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

1.- Con fecha 27 de junio de 2017, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1.6ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal. En el escrito de remisión se concreta la solicitud de emisión de informe en relación con los artículos 2.3, 29.2, 43. 45.3, 50, 54, 77.1, la disposición adicional quinta y la disposición final tercera del citado anteproyecto. Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe con carácter urgente e improrrogable.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del 6 de julio de 2017, designó Ponentes de este informe a los Vocales Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Álvaro Cuesta Martínez.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ.

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*» (apartado sexto del artículo 561.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).



4.- En atención al anterior dictado, la solicitud de informe identifica aquellos preceptos del anteproyecto que, bien contienen normas procesales, bien afectan al Consejo General del Poder Judicial en tanto que autoridad de protección de datos en relación con los tratamientos de datos con fines jurisdiccionales o en su calidad de órgano constitucional en cuya actividad debe observar la normativa en materia de protección de datos personales.

5.- El artículo 2.3 ALOPD en su segundo párrafo, hace referencia a la normativa aplicable al tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, estableciendo que se regirán por lo dispuesto en el 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 (en adelante, RGPD) y la ley orgánica de protección de datos, *«sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables»*.

6.- El artículo 29.2 ALOPD regula el contenido de la obligación de bloqueo de los datos respecto de los que se ejerza el derecho de rectificación, de acuerdo con el artículo 16 RGPD, o el derecho de supresión, en los supuestos previstos en las letras a, d y e del artículo 17 RGPD, o proceda de oficio su rectificación o supresión. De acuerdo con el precepto, el bloqueo de esos datos determinará que queden a disposición exclusiva del tribunal, el Ministerio Fiscal u otras Administraciones Públicas competentes para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y por el plazo de prescripción de las mismas.

7.- El artículo 43 regula los supuestos en que es precisa la autorización previa de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), o, en su caso de las autoridades autonómicas, para la realización de transferencias internacionales de datos a países u organizaciones internacionales.

8.- El artículo 45.3 contiene un mandato de colaboración dirigido a la AEPD y al CGPJ en aras al adecuado ejercicio de las respectivas competencias que la LOPJ les atribuye en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia.

9.- El artículo 50 regula la composición del Consejo Consultivo de la Agencia entre cuyos miembros se prevé un representante designado por el CGPJ (art. 50.1.h ALOPD).



10.- El artículo 54 tiene por objeto la delimitación del alcance de la función de investigación encomendada a la AEPD. En este sentido, el segundo párrafo del precepto dispone que *«[c]uando se trate de órganos judiciales u Oficinas Judiciales el ejercicio de las facultades de inspección se efectuará a través y por mediación del Consejo General del Poder Judicial.»*

11.- El artículo 77 regula el régimen sancionador en materia de protección de datos aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento, entra las cuales se integran *«los órganos constitucionales o con relevancia constitucional»* (art. 77.1.a ALOPD) y *«los órganos jurisdiccionales»* (art. 77.1.b ALOPD).

12.- La disposición adicional quinta, bajo la rúbrica *«Autorización judicial en materia de transferencias internacionales de datos»*, regula un mecanismo procedimental a través del cual la AEPD puede solicitar de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional para declarar contraria a Derecho una transferencia internacional de datos que se funde en una decisión de adecuación de la Comisión Europa, dictada al amparo del artículo 45 RGPD, previo planteamiento, en su caso de la cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia de la UE.

13.- Finalmente, la disposición final tercera introduce una modificación del artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) de acuerdo con la cual se adiciona un apartado 3 al precepto en el que se prevé la intervención procesal de la Comisión Europea, la AEPD y las autoridades autonómicas de protección datos cuando el proceso afecte a cuestiones relativas a la aplicación del RGPD.

14.- El objeto del presente informe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 560.1.6 LOPJ, y en línea con el contenido de la solicitud, vendrá referido a los preceptos del anteproyecto cuyo contenido se ha descrito.

15.- Ahora bien, no puede ignorarse que, dado que la regulación proyectada concierne al derecho fundamental a la protección de los datos personales que consagra el artículo 18.4 CE y, por tanto, incide en aspectos jurídico-constitucionales de la tutela de tal derecho, el informe no ha de limitarse a los preceptos señalados sino que debe incluir en su examen a otras disposiciones, además de las indicadas, situadas dentro del marco de su competencia consultiva a la que afecta la preceptividad del dictamen que ha de librar. Esta circunstancia justificaría sobradamente la ampliación del



plazo que se ha señalado por el órgano consultante, que alega como motivo de su señalamiento la urgencia derivada del escaso margen de que se dispone para cumplimentar todos los trámites necesarios para que su discusión y aprobación por las Cortes Generales se culmine antes de la entrada en vigor del RGPD. En esa tesitura, el Consejo no tiene otra alternativa que pronunciarse en estos momentos sobre los preceptos indicados en la consulta, sin perjuicio de hacer lo propio con los demás en cuanto le sea posible, a fin de que su parecer sea conocido por el Gobierno y tenido en cuenta por los órganos que han de intervenir en la fijación del texto que se someta a la enmienda, deliberación y aprobación de la futura ley en las Cámaras que integran las Cortes Generales. En esta línea, habrá de incidir, entre otros extremos, en cómo se articula el mecanismo de planteamiento de la cuestión prejudicial de validez de los acuerdos de adecuación aprobados por la Comisión Europea con respecto a las transferencias internacionales de datos que sean de la competencia de las agencias autonómicas o del propio Consejo en su condición de Autoridad de Control en lo relativo a los tratamientos que se realicen en el ámbito jurisdiccional.

16.- También en línea con lo anterior, debe incidirse en que este órgano constitucional no comparte que el Gobierno acote los artículos del Anteproyecto que este Consejo debe informar. Es cierto que el artículo 561 de la LOPJ, en su número 9, establece que el Consejo General del Poder Judicial informará también "sobre cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales, o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las CC.AA. estimen oportuna". Pero de lo que se trata aquí es de ejercer la competencia de información de los anteproyectos de ley que versen sobre normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales. (561.1-6º LOPJ).

17.- Por ello, este Consejo cumplirá los requisitos de informe urgente y en plazo sobre las materias referidas y solicitadas por el Gobierno, reservándose un informe posterior sobre otras cuestiones competencia de este órgano de gobierno del Poder Judicial referidas a las autoridades de control autonómicas, al Consejo General del Poder Judicial, a la Disposición adicional quinta y al planteamiento de la cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia, así como a otros aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, y en atención a la posición que ocupa el Consejo General del Poder Judicial, que se siente vinculado por lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución.



18.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

II.- CONSIDERACIONES GENERALES AL ANTEPROYECTO

I

19.- El anteproyecto, de acuerdo con su artículo 1.1, tiene por objeto «adaptar» el ordenamiento jurídico española al RGPD y consta de setenta y ocho artículos divididos en ocho títulos, trece disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

20.- De acuerdo con el artículo 288 TFUE, párrafo 2, el reglamento se define como un acto *«de alcance general [...] obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro»*. De acuerdo con el precepto del tratado, el Reglamento tiene un contenido pleno y vincula tanto en los fines como en los medios, de lo que se deriva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no cabe un cumplimiento parcial, incompleto o selectivo de las normas contenidas en este tipo disposición normativa de la Unión (en este sentido, SSTJUE C-39/72, Comisión c. Italia, EU:C:1973:13, ap. 20, y C-18/72, Granaria, EU:C:1972:108, ap. 16). Asimismo, del carácter directamente aplicable del Reglamento el Tribunal de Justicia ha deducido como principio general la prohibición para los Estados de adoptar medidas nacionales de transposición, complemento o reproducción de lo previsto en un Reglamento, pues este tipo de operaciones entrañan un obstáculo para la aplicación directa de la norma europea y comprometen su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Unión (SSTJUE C-39/72, Comisión c. Italia, EU:C:1973:13, ap. 16; C-34/73, Variola,



EU:C:1973:101, ap. 11; C-30/76, Amsterbam Bulb, EU:C:1977:13, ap. 4 y 7).

21.- Este principio general impeditivo de la intervención del legislador nacional en el ámbito normativo cubierto por el Reglamento ha sido matizado por el Tribunal de Justicia, admitiendo, bajo determinadas circunstancias, que los Estados miembros adopten disposiciones complementarias o de desarrollo de lo previsto en un Reglamento con el fin de asegurar una mejor inteligencia y aplicación del mismo. En este sentido cabe citar la sentencia *Danske Svineproducenter* (C-316/10, EU:C:2011:863) que sintetiza la doctrina jurisprudencial en la materia:

«38. [...] procede poner de manifiesto que, de conformidad con el artículo 288 TFUE, párrafos segundo y tercero, en tanto que las Directivas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, los Reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros.

*39. Por lo tanto, en razón de la propia índole de los Reglamentos y de su función en el sistema de las fuentes del Derecho de la Unión, sus disposiciones tienen, por regla general, un efecto inmediato en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin necesidad de que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación (véase la sentencia de 24 de junio de 2004, *Handlbauer*, C-278/02, Rec. p. I-6171, apartado 25 y jurisprudencia citada).*

*40. Sin embargo, algunas disposiciones de los Reglamentos pueden requerir, para su ejecución, la adopción de medidas de aplicación por los Estados miembros (sentencia *Handlbauer*, antes citada, apartado 26 y la jurisprudencia citada).*

*41. Por otra parte, de una jurisprudencia consolidada resulta que los Estados miembros pueden adoptar medidas de aplicación de un Reglamento siempre que no obstaculicen su aplicabilidad directa, no oculten su naturaleza comunitaria y regulen el ejercicio del margen de apreciación que ese Reglamento les confiera, manteniéndose en todo caso dentro de los límites de sus disposiciones (sentencia de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-113/02, Rec. p. I-9707, apartado 16 y jurisprudencia citada).»*

22.- La densidad normativa por la que ha optado el legislador europeo al adoptar la forma de Reglamento viene determinada por la voluntad de reforzar el grado de consecución de la finalidad uniformizadora de la regulación de la protección de datos personales en el ámbito de la UE que ya desplegó la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Sin perjuicio de ese objetivo, el



Reglamento contiene distintas habilitaciones al legislador nacional para adoptar normas de especificación y desarrollo y en este sentido el Considerando (8) del Reglamento dispone que *«[e]n los casos en que el presente Reglamento establece que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, pueden incorporar a su Derecho nacional elementos del presente Reglamento»*.

23.- En este marco delimitado por el Reglamento y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se sitúa el anteproyecto, tal y como señala la Exposición de motivos en su apartado III.

24.- Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, cabe señalar que el artículo 1.2 del anteproyecto introduce cierta confusión sobre la naturaleza del RGPD. En efecto, este precepto dispone: *«El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos de carácter personal, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica»*.

25.- Esta previsión normativa contiene una fórmula habitual en el articulado de las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales, dictadas al amparo del artículo 81.1 CE (así, por ejemplo, art. 1.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; art. 1.1 Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión; art. 1.1 y.2 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación).

26.- Mediante esta fórmula se señala la especial relación de colaboración de la ley orgánica con el precepto constitucional que proclama y reconoce un derecho fundamental en punto a complementar el régimen jurídico del derecho. El Tribunal Constitucional ha determinado que a la ley orgánica prevista en el artículo 81.1 CE corresponde el «desarrollo directo» del derecho fundamental, esto es, *«la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas»* (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 16), o como ha dicho en la STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3.b, *«puede (...) razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional*



reconocedora del derecho -a menudo dotada de considerables dosis de abstracción- en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales.»

27.- Ahora bien, parece claro que el RGPD ni es norma de desarrollo del derecho a la protección de datos reconocido en el artículo 18.4 CE, a los efectos del artículo 81.1 CE, ni es ley de regulación de su ejercicio, en el sentido del artículo 53.1 CE. Por imperativo de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE (STJUE C-26/62, Van Gend & Loos, EU:C:1963:1), el artículo 18.4 CE no despliega, ni puede desplegar, los efectos propios de la norma iusfundamental en relación con la ley, esto es, el mandato de interpretación conforme de la disposición legislativa con la Constitución, la directriz interpretativa *favor libertatis* sobre el alcance del derecho fundamental, la función de parámetro de validez de la norma legal de desarrollo. Tal y como afirmó el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, «[p]roducida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2). De este modo, la interpretación y el control de validez de las normas contenidas en el RGPD, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sólo puede realizarse a partir de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular, de su artículo 8 que reconoce el derecho fundamental a la protección de datos, y corresponde al Tribunal de Justicia de la UE tanto la supremacía interpretativa sobre el contenido y alcance del RGPD como el monopolio del control de validez.

28.- Por ello, el artículo 1.2 ALOPD al expresar que el RGPD regula el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE enturbia la clara percepción por los destinatarios del RGPD de su naturaleza de norma de Derecho de la Unión. Y lo hace porque la primacía de la Carta y del RGPD sobre el Derecho interno, incluso de rango constitucional, obliga a replantearse en gran medida la articulación entre la ley orgánica y ley ordinaria que resulta de los artículos 81.1. y 53.1 CE para el desarrollo de los preceptos que contienen normas sobre derechos fundamentales (en este caso el artículo 18.4 CE) y la regulación de su ejercicio, respectivamente y la jurisprudencia constitucional sobre la colaboración entre ambos tipos de leyes. No en vano el RGPD ha ocupado una parte importante, en algunos aspectos de manera completa del espacio que la CE reservaba tanto a la una como a la otra. Por eso, de decir algo, sería más correcto aludir a que



el ALOPD establece las previsiones legales pertinentes para dar cumplimiento a los mandatos que, de acuerdo con el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, contiene el RGPD para la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales. La formulación del artículo 1.2 ALOPD es, por tanto, incorrecta y de alguna manera innecesaria. Por ello, se señala la conveniencia de eliminarla.

II

29.- Con el fin de enmarcar el examen de los preceptos del anteproyecto que se desarrollará en las consideraciones particulares, debe subrayarse la relevante función que corresponde al Consejo General del Poder Judicial en materia de protección de datos como autoridad de control en relación con los tratamientos de datos personales con fines jurisdiccionales.

30.- La protección de datos personales se proyecta transversalmente sobre todo tipo de actividad que comporte recoger, grabar, conservar, elaborar, modificar, bloquear, cancelar o ceder datos personales. Todas esas operaciones suponen un tratamiento de datos que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos (art. 1 en relación con art. 3.c Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

31.- Este carácter intersticial de la protección de datos supone que, también, el ejercicio de la actividad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo ejecutado implique el tratamiento de datos personales y que, en esa medida, en principio, entre dentro del ámbito de aplicación de la normativa correspondiente.

32.- Ahora bien, la aplicación de la normativa de protección de datos a la actividad jurisdiccional tiene un primer límite evidente por imperativo del principio constitucional de independencia judicial consistente en que las funciones tuitivas del ejercicio del derecho a la protección de datos que la legislación atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos no pueden proyectarse sobre Jueces y Tribunales.

33.- Así lo ha declarado la importante STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 8487/2011, de 2 de diciembre de 2011 (ES:TS:2011:8497). En la Sentencia, en punto a analizar si las potestades tuitivas, de intervención y correctoras que la LOPD atribuye a la AEPD en relación con



las Administraciones Públicas pueden tener como destinatarios a los Juzgados y Tribunales, afirma con rotundidad que *«esta posición no puede mantenerse por razones constitucionales y de legalidad»*.

34.- A partir del reconocimiento de que *«los datos de carácter personal forman parte consustancial de la actividad jurisdiccional, sirven de base para el funcionamiento de determinados ficheros judiciales y otros registros públicos de uso judicial y permiten llevar a cabo diligencias fundamentales para la investigación»*, la Sentencia desgrana una serie de argumentos por los que la AEPD carece de competencia para ejercer sus funciones respecto de Jueces y Tribunales, correspondiendo la verificación del cumplimiento de la normativa de protección de datos por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la función judicial exclusivamente al Consejo General del Poder Judicial, órgano constitucional cuya finalidad institucional es la defensa de la independencia judicial, preservando a Jueces y Magistrados de toda interferencia ajena. Así, concluye la citada resolución que el CGPJ, a partir del 122.2 CE y de acuerdo con los artículos 230 y 107.3 LOPJ, *«tiene singularmente reconocida la función tutelar en materia de protección de datos de carácter personal en relación con los ficheros judiciales por formar parte de su ámbito de gobierno interno, función que se justifica en la necesidad de preservar los principios de unidad e independencia de la organización judicial a que se refiere el art. 104 de la LOPJ y que impide cualquier tipo de intromisión o injerencia por parte de un autoridad administrativa»* (FJ 3).

35.- La Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que introdujo en la LOPJ un nuevo Libro VIII en el que se regula el CGPJ, incorporó en el catálogo de competencias del Consejo como atribución específica: *«Colaborar con la Autoridad de Control en materia de protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia. Asimismo, asumirá las competencias propias de aquélla, únicamente respecto a la actuación de Jueces y Magistrados con ocasión del uso de ficheros judiciales»* (art. 560.1.19ª LOPJ).

36.- Por su parte, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha introducido una regulación completa de las funciones del CGPJ en materia de protección de datos personales (art. 236 bis a decies LOPJ). La Exposición de motivos justifica la reforma en los siguientes términos:

«[...] con el objetivo de intensificar la protección de los derechos, se aborda un tema, como es la protección de datos en el ámbito de los Tribunales, que



carecía hasta hoy de una regulación completa y actualizada. El modelo distingue con claridad entre ficheros jurisdiccionales y los no jurisdiccionales. De esta forma, el responsable de los ficheros jurisdiccionales es el órgano jurisdiccional y éstos se rigen por las leyes procesales en cuanto a los derechos ARCO –acceso, rectificación, cancelación y oposición–. La autoridad de control de tales ficheros será el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, el responsable de los ficheros no jurisdiccionales es la Oficina judicial, al frente de la cual está un Letrado de la Administración de Justicia. Ese tipo de ficheros se regirán por la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y la autoridad de control de estos ficheros será la Agencia Española de Protección de Datos.»

37.- La regulación contenida en la LOPJ establece una diferencia de tratamiento normativo al que quedan sujetos los tratamientos de datos efectuados por los Tribunales con fines jurisdiccionales y los tratamientos con fines no jurisdiccionales. Los primeros se definen como aquellos que tengan por objeto *«datos en tanto se encuentren incorporados a los procesos de que conozcan [los Tribunales] y su finalidad se relacione directamente con el ejercicio de la potestad jurisdiccional»* (art. 236 ter.1 LOPJ). Así, respecto de los tratamientos efectuados con fines jurisdiccionales y los ficheros de esa naturaleza, las competencias de autoridad de control serán ejercidas por el CGPJ (art. 236 nonies.1 LOPJ). En cambio, los tratamientos de datos con fines no jurisdiccionales quedan sometidos a la competencia de la AEPD, *«prestando el Consejo General del Poder Judicial a la misma la colaboración que al efecto precise»* (art. 236 nonies.2 LOPJ).

38.- Esta regulación de la LOPJ, y en particular, la atribución al CGPJ de las funciones de autoridad de control en relación con los tratamientos de datos con fines jurisdiccionales, no se ve afectada por el RGPD, sino que, por el contrario, encuentra acomodo expreso en su articulado.

39.- En efecto, el RGPD no excluye el tratamiento de datos derivado del ejercicio de la función judicial de su ámbito de aplicación. Distintos preceptos del RGPD presumen la aplicabilidad de sus normas a los órganos jurisdiccionales. Así, el artículo 9.2.f RGPD prevé que la prohibición de tratamiento de ciertas categorías especiales de datos personales (aquellos *«que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la*



vida sexual o las orientación sexual de una persona física» de acuerdo con el art. 9.1 RGPD) no será de aplicación *«cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial»*. Asimismo, el artículo 23.1.f RGPD prevé que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, a través de medidas legislativas, puede limitar el alcance de los derechos de los interesados reconocidos en los artículo 12 a 22 RGPD, cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar, entre otros fines relevantes, *«la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales»*.

40.- Ahora bien, a pesar de que el tratamiento de datos efectuados en ejercicio de la función jurisdiccional está sometido al RGPD, el artículo 55.3 del mismo dispone taxativamente que *«[!]as autoridades de control no serán competentes para controlar las operaciones de tratamiento efectuadas por los tribunales en el ejercicio de su función judicial»*.

41.- La justificación de la limitación de la competencia de las autoridades de control respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional se formula en el Considerando (20) del Reglamento en los siguientes términos:

«Aunque el presente Reglamento se aplica, entre otras, a las actividades de los tribunales y otras autoridades judiciales, en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros pueden especificarse las operaciones de tratamiento y los procedimientos de tratamiento en relación con el tratamiento de datos personales por los tribunales y otras autoridades judiciales. A fin de preservar la independencia del poder judicial en el desempeño de sus funciones, incluida la toma de decisiones, la competencia de las autoridades de control no debe abarcar el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. El control de esas operaciones de tratamiento de datos ha de poder encomendarse a organismos específicos establecidos dentro del sistema judicial del Estado miembro, los cuales deben, en particular, garantizar el cumplimiento de las normas del presente Reglamento, concienciar más a los miembros del poder judicial acerca de sus obligaciones en virtud de este y atender las reclamaciones en relación con tales operaciones de tratamiento de datos.»

42.- Por tanto, del RGPD se deduce no sólo la compatibilidad sino la expresa salvaguarda de las funciones que la LOPJ encomienda al CGPJ como autoridad de control en relación con los tratamientos de datos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional.



III

43.- Conviene, previamente a abordar el examen concreto de los artículos, y en ejercicio del deber de colaboración institucional al que con anterioridad se ha aludido, poner de manifiesto ciertos aspectos que atañen a la técnica normativa y al modo en que se configura el sistema normativo de la protección de datos personales en determinados aspectos del ALOPD, así como al propio contenido del mismo.

44.- De este modo, se advierte en el ALOPD una cierta falta de coherencia con la función y finalidad propia de una norma, como la proyectada, que ha de limitarse a adecuar y, en su caso –y con la configuración que ha hecho la jurisprudencia europea de esta función- de complementar el Reglamento europeo. En ocasiones, el articulado propuesto traspasa los límites de aquellas funciones para establecer disposiciones más allá de lo que habilita la norma europea. Así sucede, por ejemplo, al regular, dentro de los principios generales de protección de datos –y de un modo asistemático-, los datos relativos a infracciones y sanciones administrativas (artículo 4 ALOPD), o con el apartado cuarto del artículo 23, relativo al derecho de acceso, que establece las condiciones en las que se podrá considerar repetitivo el ejercicio del derecho de acceso, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 12.5 RGPD.

45.- En otros casos, la norma es innecesaria y vacía de contenido, habida cuenta del efecto directo del Reglamento, que impide la traslación, sin más, y sin función de adecuación y de complemento del ordenamiento interno, de sus preceptos. Tal cosa sucede, por ejemplo, en el artículo 28, que se refiere al derecho de oposición.

46.- En otros supuestos, es reiterativa, como ocurre con el artículo 43.1, al aludir a las transferencias internacionales de datos a países u organizaciones que no cuenten con decisión de adecuación de la Comisión Europea o que "*[n]o se amparen en alguna de las garantías previstas en el artículo anterior y en el artículo 46.2 del Reglamento (...)*", cuando este ya contempla las previstas en el artículo 42 del ALOPJ.



47.- Y, en fin, en otras ocasiones no respeta debidamente la prelación normativa, derivada de la primacía de la norma del Derecho de la Unión y de la eficacia y aplicabilidad directa de los Reglamentos, como sucede en el artículo 9, referido al tratamiento de datos amparado por la ley, en donde soslaya o desplaza el Derecho de la Unión Europea frente a la norma de producción interna, y en el apartado sexto del artículo 22, relativo al ejercicio de los derechos sujetos a un régimen especial, donde hace lo propio.

III.- CONSIDERACIONES PARTICULARES AL ANTEPROYECTO

I

48.- El artículo 2.3 ALOPD tiene el siguiente tenor:

«Los tratamientos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley orgánica a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica.

En particular, el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables.»

49.- El primer párrafo del precepto regula el régimen jurídico aplicable a aquellos tratamientos de datos que están excluidos o no están previstos en el RGPD pero que están incluidos en el ámbito de aplicación del ALOPD, tales como, por ejemplo, el tratamiento de los datos personales de las personas fallecidas previsto en el artículo 3 ALOPD. A estos tratamientos les será de aplicación, en primer lugar, lo dispuesto en su legislación específica y supletoriamente lo establecido en el RGPD y el ALOPD.

50.- El segundo párrafo se refiere al régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos efectuados por los órganos judiciales. La norma incorporada en el ALOPD se corresponde con lo previsto en el artículo 236 bis LOPJ, de modo que se preserva la coherencia entre ambos preceptos orgánicos.



51.- De este modo, el ALOPD reconoce, por un lado, que en la relación internormativa entre la LOPD y la LOPJ es de aplicación preferente esta última por razón de las especialidades que contiene en materia de protección de datos respecto a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales y como consecuencia de la reserva constitucional establecida por el artículo 122.2 CE en materia de gobierno del Poder Judicial a favor del Consejo General del Poder Judicial en los términos que establezca la específica ley orgánica a la que se refiere el citado precepto constitucional. Dicho de otro modo, en el ámbito de confluencia de la ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental prevista en el artículo 81.1 CE y la ley orgánica reguladora del órgano de gobierno del Poder Judicial prevista en el artículo 122.2 CE la preferencia en la aplicación viene determinada por el principio de competencia en combinación con el principio especialidad, siendo la materia reservada en el artículo 122.2 CE más específica que la contenida en el artículo 81.1 CE.

52.- En la relación con el RGPD la preferencia de la aplicación de las especialidades previstas en la LOPD encuentra cobertura tanto en lo previsto en el artículo 55.3 como en el artículo 23.1.f del Reglamento.

53.- Ahora bien, desde un punto de vista de técnica normativa es necesario que el segundo párrafo del artículo 2.3 ALOPD se numere separadamente como apartado 4. La redacción actual resulta confusa pues el conector «*en particular*» que relaciona el segundo párrafo con el primero da la idea de que aquel es una concreción de la regla establecida en el primero, lo cual no es cierto, pues un párrafo y otro tienen objetos y disponen reglas distintas. El primero se refiere a los tratamientos no previstos en el RGPD pero incluidos en el ámbito del ALOPD, y dispone en relación con ellos la supletoriedad del RGPD y el ALPD en defecto de legislación específica. El segundo, en cambio, tiene por objeto un tratamiento de datos, el efectuado por los tribunales, que entran dentro del ámbito de aplicación del RGPD y el ALOPD, pero respecto del cual es de aplicación preferente la normativa específica contenida en la LOPJ.

II

54.- El artículo 29 ALOPD regula la obligación del responsable del tratamiento de bloquear los datos en los casos previstos en los artículos 16 y 17.1 a), d) y e) RGPD, esto es, cuando se ejerza el derecho de rectificación o el derecho de supresión cuando los datos no sean necesarios



para los fines que justifican el tratamiento, hayan sido tratados ilícitamente o deban suprimirse en cumplimiento de una obligación legal. También el responsable estará obligado al bloqueo cuando proceda la rectificación o la supresión de oficio.

55.- El apartado segundo del precepto dispone lo siguiente:

«Los datos bloqueados quedarán a disposición exclusiva del tribunal, el Ministerio Fiscal u otras Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y por el plazo de prescripción de las mismas.»

56.- Esta regulación del bloqueo de datos trae causa, y es similar, a la contenida en el vigente artículo 16.3 LOPD.

57.- La obligación de bloqueo, tal y como especifica el artículo 5.1.b del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de datos de carácter personal, supone que la cancelación de los datos no se materializa en el borrado físico de los datos, sino que se mantiene la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento, excepto para su puesta a disposición de las autoridades y organismos legalmente habilitados.

58.- El bloqueo de datos se configura así como una técnica que pretende facilitar el ejercicio de las potestades públicas de investigación, enjuiciamiento y sanción de aquellas conductas ilícitas vinculadas con tratamientos de datos respecto de los cuales proceda la rectificación o supresión. Aunque esta técnica no está prevista por el RGPD, sí está permitida al amparo de su artículo 23.1, al configurarse por el prelegislador como una limitación de la eficacia de los derechos de rectificación y supresión, que no determinará el borrado de los datos sino su bloqueo. Esta restricción aparece como una medida adecuada y proporcional en interés de la satisfacción de una finalidad de obvia relevancia constitucional como es la referida en la letra d del artículo 23 RGPD, esto es, la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección de amenazas a la seguridad pública y su prevención, así como la finalidad expresada en la letra h del mismo precepto.



III

59.- En el marco del Título V del ALOPD, que versa sobre la transferencia internacional de datos, el artículo 43 regula los supuestos sometidos a autorización previa de la Agencia Española de Protección de Datos. El texto de este precepto es el siguiente:

"1. Las transferencias internacionales de datos a países u organizaciones internacionales que no cuenten con decisión de adecuación aprobada por la Comisión o que no se amparen en alguna de las garantías previstas en el artículo anterior y en el artículo 46.2 del Reglamento (UE) 2016/679 habrán de ser previamente autorizadas por la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, autoridades autonómicas de protección de datos, en los siguientes supuestos:

- a) cuando la transferencia pretenda fundamentarse en la aportación de cláusulas contractuales que no correspondan a las cláusulas tipo previstas en el artículo 46.2, letras c) y d), del Reglamento (UE) 2016/679.*
- b) Cuando la transferencia se lleve a cabo por alguno de los responsables o encargados a los que se refiere el artículo 77.1 de esta ley orgánica y se funde en disposiciones incorporadas a acuerdos internacionales no normativos con otras autoridades u organismos públicos de terceros Estados, en particular a memorandos de entendimiento, siempre que los mismos incluyan derechos efectivos y exigibles para los afectados.*

2. La autorización quedará sometida a la emisión por el Comité Europeo de Protección de Datos del dictamen al que se refiere el artículo 64 del Reglamento (UE) 2016/679. La remisión del expediente al citado comité implicará la suspensión del procedimiento hasta que el dictamen sea notificado a la Agencia española de Protección de Datos o, por conducto de la misma, a la Autoridad de control competente, en su caso".

60.- De los dos supuestos contemplados en el apartado primero del precepto, a los efectos de las competencias de este Consejo y de la función jurisdiccional, procede focalizar el análisis en el que figura como subapartado b), cuyo examen exige acudir al RGPD para cotejar su contenido con los considerandos o artículos de los que trae causa para, posteriormente, verificar si su incorporación se ha realizado adecuadamente. En este orden de ideas, procede indicar que si bien en el ámbito de la actividad internacional del Consejo General del Poder Judicial se han formalizado memorandos de entendimiento que reúnen los elementos de la definición de acuerdo internacional no normativo que establece la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, suscita dificultades representarse un supuesto en



el que a un órgano jurisdiccional, en su ámbito de actuación, se le plantee un supuesto subsumible en el marco del artículo 43.1.b) del ALOPD.

61.- A tal fin, el análisis se ha de llevar a cabo, de un lado, a la luz del Considerando (108) del RGPD, conforme al cual *«en ausencia de una decisión por la que se constate la adecuación de la protección de los datos, el responsable o el encargado del tratamiento deben tomar medidas para compensar la falta de protección de datos en un tercer país mediante garantías adecuadas para el interesado. Tales garantías adecuadas pueden consistir en el recurso a normas corporativas vinculantes, a cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión o por una autoridad de control, o a cláusulas contractuales autorizadas por una autoridad de control. Esas garantías deben asegurar la observancia de requisitos de protección de datos y derechos de los interesados adecuados al tratamiento dentro de la Unión, incluida la disponibilidad por parte de los interesados de derechos exigibles y de acciones legales efectivas, lo que incluye el derecho a obtener una reparación administrativa o judicial efectiva y a reclamar una indemnización, en la Unión o en un tercer país. En particular, deben referirse al cumplimiento de los principios generales relativos al tratamiento de los datos personales y los principios de la protección de datos desde el diseño y por defecto. Las transferencias también pueden realizarlas autoridades o entidades públicas con entidades o autoridades públicas de terceros países o con organizaciones internacionales con competencias o funciones correspondientes, igualmente sobre la base de disposiciones incorporadas a acuerdos administrativos, como un memorando de entendimiento, que reconozcan derechos exigibles y efectivos a los interesados. Si las garantías figuran en acuerdos administrativos que no sean jurídicamente vinculantes se debe recabar la autorización de la autoridad de control competente.»*

62.- Por otra parte, se ha de acudir al artículo 46 del RGPD, cuyo apartado primero indica que, a falta de decisión de adecuación dimanante de la Comisión en los términos del artículo 45.3 de dicha norma, *«el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas»*. Dicho lo anterior, en el apartado segundo estipula que las garantías adecuadas con arreglo al apartado 1 podrán ser aportadas, sin que se requiera ninguna autorización expresa de una autoridad de control, por diferentes procedimientos, tales como instrumentos jurídicamente vinculantes y exigibles entre las



autoridades u organismos públicos; normas corporativas vinculantes, cláusulas tipo de protección de datos, códigos de conducta o mecanismos de certificación. A continuación, a los efectos de mayor interés para nuestro análisis, el apartado tercero señala que *«siempre que exista autorización de la autoridad de control competente, las garantías adecuadas contempladas en el apartado 1 podrán igualmente ser aportadas, en particular, mediante disposiciones que se incorporen en acuerdos administrativos entre las autoridades u organismos públicos que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados»*, añadiendo en el apartado cuarto que *«la autoridad de control aplicará el mecanismo de coherencia a que se refiere el artículo 63 en los casos indicados en el apartado 3 del presente artículo»*.

63.- Así pues, del análisis conjunto del Considerando (108) y del artículo 46.3.b) del RGPD se infiere que la norma comunitaria establece un mecanismo de transferencia mediante garantía adecuada, en ausencia de decisión de adecuación, que precisa autorización de la autoridad de control y que viene configurado por la concurrencia de los siguientes elementos fácticos: a) Transferencia internacional de datos personales; b) realizada por una autoridad u organismo público; c) dirigida hacia un tercer país u organización internacional respecto al cual no se ha emitido una decisión de adecuación; d) con aportación de garantías adecuadas consistentes en disposiciones incorporadas a acuerdos administrativos entre autoridades u organismos públicos que no sean jurídicamente vinculantes y que reconozcan derechos efectivos y exigibles a los interesados.

64.- Partiendo de estas premisas, cabe sostener que dicho precepto se ajusta al contenido de los parámetros establecidos en el RGPD, si bien convendría manifestar, por una parte, que la claridad del artículo podría resultar incrementada y, por ende, descartar cualquier incertidumbre en su exégesis, si se modificase su redacción en el sentido de reemplazar la expresión *«siempre que los mismos incluyan derechos efectivos y exigibles para los afectados»* por *“que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados»*. Por otra, que no parece existir discrepancia entre la mención que en el RGPD se efectúa a *«acuerdos administrativos»* y la que en el ALOPD se realiza a *«acuerdos internacionales no normativos (...) en particular a memorandos de entendimiento»* ya que la norma comunitaria especifica en el Considerando (108) que se trate de acuerdos administrativos *«que no sean jurídicamente vinculantes»*, lo que, extrapolado a la regulación establecida en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, equivaldría a los acuerdos internacionales no normativos que figuran en el artículo 2.c) de la



misma, caracterizados por no constituir fuente de obligaciones internacionales ni regirse por el Derecho Internacional, frente a los acuerdos internacionales administrativos del artículo 2.b), que se rige por el Derecho Internacional y cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta y concreta.

65.- Seguidamente, el apartado segundo del artículo 43 del ALOPD estipula que *«la autorización quedará sometida a la emisión por el Comité Europeo de Protección de Datos del dictamen al que se refiere el artículo 64 del RGPD. La remisión del expediente al citado comité implicará la suspensión del procedimiento hasta que el dictamen sea notificado a la Agencia Española de Protección de Datos o, por conducto de la misma, a la autoridad de control competente, en su caso»*.

66.- Por último, se observa una discordancia entre el contenido del artículo 43 del ALOPD, que incluye como sujetos que llevarán a cabo la autorización previa a la AEPD o, en su caso, a las autoridades autonómicas de control de datos, y el encabezamiento, en el que únicamente se hace mención a la AEPD, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 44, en cuyo párrafo primero se reproduce la expresión utilizada en el precedente al referirse a la AEPD o, en su caso, a las autoridades autonómicas de control de datos, pero en el encabezamiento se refiere a supuestos sometidos a información previa a la autoridad de protección de datos competente.

IV

67.- El artículo 45.3 tiene el siguiente tenor:

«La Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo General del Poder Judicial colaborarán en aras del adecuado ejercicio de las respectivas competencias que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, les atribuye en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia.»

68.- El precepto transcrito contiene un mandato de colaboración dirigido a la AEPD y al CGPJ en relación con el ejercicio de las respectivas competencias en materia de protección de datos. Este mandato se corresponde con lo previsto en la LOPJ.

69.- Así, el artículo 560.1.19ª LOPJ, como se ha señalado más arriba, establece como atribución del CGPJ *«[c]olaborar con la Autoridad de Control*



en materia de protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia». Asimismo, el artículo 236 nonies.2 LOPJ dispone que el CGPJ prestará a la AEPD la colaboración que precise en relación con el ejercicio por esta de sus competencias sobre los tratamiento de datos efectuados por los Tribunales con fines no jurisdiccionales.

70.- Cabe señalar que, en cumplimiento de esta obligación de cooperación prevista en la LOPJ, y que ahora reproduce el ALOPD, la AEPD y el CGPJ han suscrito en fecha 6 de julio de 2017 un convenio de colaboración que, de acuerdo con su cláusula primera, tiene por objeto articular la colaboración entre ambas instituciones *«en las diversas tareas que, como autoridades de control, deben llevar a cabo y en especial sobre inspección de Órganos Jurisdiccionales en materia de protección de datos»*. Asimismo, se estipula que *«el CGPJ y la AEPD se prestarán la colaboración mutua que al efecto precisen y seguirán intensificando, con carácter institucional, sus relaciones, manteniendo reuniones con carácter periódico y estableciendo iniciativas y actividades comunes dirigidas a promover la efectiva vigencia de la normativa de protección de datos en el conjunto de la Administración de Justicia.»*

71.- Importa también destacar que la distribución de competencias entre la AEPD y el CGPJ se establece en la LOPJ, así como la definición de qué es tratamiento de datos con fines jurisdiccionales y con fines no jurisdiccionales, sin que el ALOPD incida o afecte, más allá de la reiteración del mandato de colaboración analizado, en la regulación prevista en los artículos 236 bis a decies LOPJ.

V

72.- El artículo 50 prevé la creación de un Consejo Consultivo como órgano de asesoramiento del Presidente de la AEPD con una composición plural representativa tanto de órganos e instituciones del Estado como de intereses sociales. La creación de un consejo consultivo en el seno de la AEPD ya se produjo en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, LORTAD) y se mantuvo en la LOPD. La exposición de motivos de la LORTAD lo definía en los siguientes términos *«órgano de apoyo definido por los caracteres de colegiación y representatividad, en el que obtendrán presencia las Cámaras que representan a la soberanía nacional, las Administraciones Públicas en cuanto titulares de ficheros objeto de la presente Ley, el sector privado, las organizaciones de usuarios y*



consumidores y otras personas relacionadas con las diversas funciones que cumplen los archivos informatizados.» Se trata, pues, de un órgano de carácter consultivo que se enmarca en la relaciones de colaboración de la AEPD con otras instituciones y organizaciones y que se adiciona a los específicos mecanismos convencionales de cooperación entre la AEPD y otras autoridades de control, tal y como en el caso del CGPJ se ha concretado en el Convenio de Colaboración suscrito el 6 de julio de 2017.

73.- Sería conveniente, con todo, que el Consejo Consultivo apareciera en la Ley Orgánica proyectada no como un órgano de asesoramiento del Presidente de la autoridad de control sino como un órgano asesor en el marco de la cooperación y colaboración institucional. En tal sentido, cabe considerar que la regulación proyectada es incorrecta, en la medida en que pretende atribuir un efecto demasiado expansivo a la Agencia Española de Protección de Datos, al contemplar el órgano -Consejo Consultivo- como un órgano asesor al servicio del Director de la Agencia, relegando al Consejo General del Poder Judicial o al representante del mismo a un papel subordinado, y convirtiendo a un órgano que debería ser de cooperación interinstitucional en un órgano subordinado a un Director.

74.- Así, se prevé que del Consejo formen parte un Diputado, propuesto por el Congreso de los Diputados; un Senador, propuesto por el Senado; un representante de la Administración General del Estado, designado por el Gobierno; un representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una autoridad de protección de datos en su ámbito territorio, propuesto de acuerdo con lo que establezca la respectiva Comunidad Autónoma; un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias; un representante, de los usuarios y consumidores, propuesto por el Consejo de Consumidores y Usuarios; un representante de las entidades responsables y encargadas de los tratamientos, propuesto por las Organizaciones Empresariales; un representante de los profesionales de la protección de datos designado por el Ministerio de Justicia. Finalmente, el listado se cierre con la previsión de un representante designado por el Consejo General del Poder Judicial (art. 50.1.i ALOPD).

75.- Mediante orden del Ministro de Justicia se efectuará el nombramiento de los miembros del Consejo Consultivo, que se reunirá, al menos, una vez al año y siempre que así lo disponga el Presidente de la Agencia, estableciéndose en el Estatuto Orgánico de la AEPD el régimen, competencias y funcionamiento de este órgano consultivo (art. 50.2, .3 y .4 ALOPD).



76.- La previsión como miembro del Consejo Consultivo de la AEPD de un representante del CGPJ constituye una novedad, pues tanto en la regulación contenida en el artículo 37 LORTAD, como en el artículo 38 LOPD, no se preveía la participación en este órgano de un miembro designado por el CGPJ.

77.- La incorporación de un representante designado por el CGPJ tiene una evidente justificación en el hecho de que este órgano constitucional es también autoridad de protección de datos en el ámbito de sus competencias, tal y como se delimitan por el artículo 236 nonies.1 LOPJ. La participación del Consejo en el órgano asesor del Presidente de la AEPD constituye un instrumento orgánico de colaboración que se sitúa en línea con lo previsto en el artículo 45.3 ALOPD y los artículos 236 nonies.2 y 560.1.19ª LOPJ.

78.- Desde un punto de vista formal, cabe señalar que si el criterio de ordenación del listado de miembros del Consejo Consultivo responde a anteponer los representantes de órganos e instituciones del Estado a los de intereses sociales y profesionales, ordenando el primer grupo de acuerdo con las precedencias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico (Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto), corresponde enumerar al representante del Consejo General del Poder Judicial con la letra c.

VI

79.- El artículo 54 regula el alcance de la actividad de inspección de la AEPD, y en la parte que interesa a los efectos de este informe, el párrafo segundo del precepto dispone lo siguiente:

«Cuando se trate de órganos judiciales u Oficinas Judiciales el ejercicio de las facultades de inspección se efectuará a través y por mediación del Consejo General del Poder Judicial.»

80.- De acuerdo con el artículo 122.2 CE, una de las funciones constitucionalmente reservadas al Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno del mismo, es la inspección, cuya regulación es objeto de la específica reserva de ley orgánica contenida en ese precepto constitucional.



81.- En línea con lo previsión constitucional, el artículo 560.1.8ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Consejo General del Poder Judicial la competencia de *«ejercer la alta inspección de Tribunales, así como la supervisión y coordinación de la actividad inspectora ordinaria de los Presidentes y Salas de Gobierno de los Tribunales»*. Dentro de los órganos técnicos de este Órgano Constitucional, la LOPJ en su artículo 615.1 dispone que *«[e]l Servicio de Inspección llevará a cabo, bajo la dependencia de la Comisión Permanente, las funciones de comprobación y control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia a las que se refiere el apartado 1.8ª del artículo 560 de la presente Ley Orgánica, mediante la realización de las actuaciones y visitas que sean acordadas por el Consejo, todo ello sin perjuicio de la competencia de los órganos de gobierno de los Tribunales y en coordinación con éstos»*.

82.- Los artículos 171 a 177 LOPJ contienen la regulación del ejercicio de la competencia de inspección. Dispone el artículo 171.1 que corresponde al Consejo General del Poder Judicial *«ejercer la superior inspección y vigilancia sobre todos los Juzgados y Tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia»*, especificando el artículo 176 LOPJ que la inspección comprende el examen de cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del Juzgado o Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, atendiendo especialmente a las exigencias de una pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos.

83.- De la regulación orgánica se deduce, pues, que la competencia de inspección se traduce en funciones de comprobación, control y examen del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia.

84.- El principio de base que dota de sentido del carácter exclusivo de la al Consejo General del Poder Judicial de la inspección es la preservación y garantía de la independencia judicial (art. 117.1 CE) frente a injerencias ajenas, en especial, de órganos dependientes del poder ejecutivo.

85.- La AEPD, a pesar de la relevancia constitucional de su función tuitiva de un derecho constitucional y de su estatuto de independencia (se configura en el artículo 45.1 ALOPD como una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal), no deja de ser una administración pública que forma parte del poder ejecutivo, tal y como revela, por un lado, el régimen de nombramiento y separación del Presidente (art. 49.2 y .3 ALOPD) y, por otro, el régimen de sus actos sujeto a las normas administrativas (art. 64.1 ALOPD).



86.- Tal y como se ha señalado, el artículo 236 nonies.2 LOPJ dispone que «[l]os tratamientos de datos llevados a cabo con fines no jurisdiccionales y sus correspondientes ficheros quedarán sometidos a la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, prestando el Consejo General del Poder Judicial a la misma la colaboración que al efecto precise». La expresa previsión de la colaboración del CGPJ en el ejercicio de las funciones de la AEPD responde a la finalidad de garantizar, a través de la participación del CGPJ, el respeto a las competencias de gobierno del Poder Judicial que tiene encomendadas en exclusiva, y, en particular, de la inspección. De este modo puede afirmarse que la LOPJ configura a favor de la AEPD en relación con los ficheros no judiciales una "competencia en colaboración", al modo como algunos Estatutos de Autonomía han configurado la distribución competencial sobre algunas materias (por ejemplo, en materia de denominaciones de origen donde se atribuye la competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en colaboración con el Estado: art. 8.1.20 Estatuto de Autonomía de La Rioja o art. 31.1.7ª Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha). Según el Tribunal Constitucional, este tipo de competencias implica «una actuación que debe ser realizada bilateralmente en régimen de cooperación específica sobre una materia» (STC 11/1986, de 28 de enero, FJ 3).

87.- De acuerdo con lo anterior, la previsión del artículo analizado conforme a la cual la función de inspección de la AEPD en relación con tribunales u Oficinas Judiciales se realizará «a través y por mediación del Consejo General del Poder Judicial» se ajusta a la configuración de la competencia de la AEPD realizada por el artículo 236 nonies LOPJ, esto es, responde a la idea de "competencia en colaboración" en la que el ejercicio de la misma no depende de la exclusiva voluntad de la AEPD sino que precisa la participación del CGPJ.

88.- En este sentido cabe señalar que el Convenio de Colaboración suscrito el 6 de julio de 2017 entre ambas instituciones configura los mecanismos de cooperación oportunos para desarrollar las funciones de inspecciones que corresponden a cada una.

VII

89.- El artículo 77 regula el régimen sancionador al que están sujetos los órganos e instituciones integrantes del sector público en general. Entre los responsables o encargados del tratamiento de carácter público que



enumera el apartado de este precepto se señala a «los órganos constitucionales» (letra a) y a «los órganos jurisdiccionales» (letra b).

90.- Dispone el artículo 77.2 que cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones tipificadas en los artículos 72 a 74 ALOPD, *«la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.»*

91.- El artículo 77 se complementa con la previsión de que la autoridad de protección de datos podrá proponer al órgano competente la iniciación de actuaciones disciplinarias y que se le habrán de comunicar las actuaciones seguidas al respecto. Asimismo, la autoridad de control comunicará al Defensor del Pueblo, o a las instituciones autonómicas equivalentes, las actuaciones realizadas y resoluciones dictadas al amparo del artículo 77. A esta publicidad a través de la comunicación al Defensor del Pueblo, la AEPD añadirá la publicidad de las actuaciones en su página web, identificando la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción.

92.- En relación con el sometimiento de los órganos constitucionales a la potestad sancionadora de la AEPD se ha producido, ciertamente, una evolución. Así, la LORTAD en su disposición adicional primera optó por excluir del ámbito de aplicación de la funciones de la Agencia *«a los ficheros automatizados de los que sean titulares las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional»*.

93.- La LOPD optó, en cambio, por no incorporar esa exclusión expresa de los órganos constitucionales. De este modo les resultaba aplicable el régimen previsto para los ficheros de datos de titularidad pública en el artículo 46 LOPD. Este régimen, en sustancia, se encuentra reflejado en el artículo 77 ALOPD con la diferencia relevante, en principio, de que el artículo de la LOPD establecía que la actuación de la Agencia en relación con las eventuales infracciones cometidas por las administraciones públicas se limitaba a dictar una resolución en la que se constataba la ilegalidad de actuación o el tratamiento de datos, señalando la medidas correctoras que deberían adoptarse. En efecto el artículo 46.1 LOPD dispone que *«[c]uando las infracciones a que se refiere el artículo 44 fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones*



públicas, el Director de la Agencia de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados si los hubiera». Ahora, en cambio, el artículo 77.2 ALOPD establece que en caso de infracción la AEPD sancionará con apercibimiento.

94.- La opción del prelegislador se ajusta a lo previsto en el RGPD. En efecto, el artículo 83.7 RGPD permite a los Estados miembros decidir si la autoridad de control será competente para imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos. El anteproyecto, siguiendo la línea de la LORTAD y la LOPD, ha optado por no admitir la posibilidad de imponer multas a los órganos enumerados en el artículo 77.

95.- Ahora bien, el artículo 58.2 RGPD establece los «poderes correctivos» de los que necesariamente debe disponer toda autoridad de control. Entre ellos, la letra b del precepto señala «sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento». Por tanto, la previsión en el artículo 77.2 ALOPD del apercibimiento como sanción responde al necesario cumplimiento de lo previsto en el RGPD.

96.- El ejercicio de una potestad sancionadora por parte de la AEPD sobre los órganos constitucionales puede entrañar dificultades. Se trata de órganos directamente ordenados por la Constitución e indisponibles por el legislador, únicamente subordinados al texto constitucional (*superiorem non recognoscentes*) y a los que se les atribuye una función inmediatamente configurada por la Constitución. El sometimiento a un poder sancionador ejercido por una autoridad independiente de origen legal cuadra, sin duda, mal con el estatus de supraordenación característicos de los órganos constitucionales.

97.- Ahora bien, tal y como se regula el apercibimiento en el artículo 77 ALOPD es dudoso que responda a una auténtica sanción en sentido material. En efecto, el apercibimiento se reduce a una mera advertencia, en línea con lo ya previsto en el artículo 46 LOPD, del que no se deriva un específico contenido aflictivo o punitivo para su destinatario. Debe observarse la diferencia entre este apercibimiento y el regulado en la LOPD, introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en relación con los titulares de ficheros privados. El artículo 45.6 LOPD dispone lo siguiente:



«Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.»

98.- En contraste con esta regulación, el artículo 77 ALOPD no prevé ninguna consecuencia del eventual incumplimiento del apercibimiento, por lo que del mismo no se derivan efectos jurídicos desfavorables.

99.- Por ello, el término sanción empleado por el artículo 77.2 ALOPD en relación con el apercibimiento no tiene un sentido técnico-jurídico, resultando asimilable más bien al concepto de advertencia o llamada de atención. En este sentido, la regulación del artículo 77 ALOPD no se aparta sustancialmente de lo previsto en el artículo 46 LOPD. En esa medida, cabe apreciar que el ejercicio de la función prevista en el artículo 77 ALOPD por la AEPD en relación con órganos constitucionales, como este Consejo General del Poder Judicial, no resulta contraria al estatus de independencia propio de estos órganos.

No obstante, debe ponerse de manifiesto las dudas que ofrece el precepto, que quedarían despejadas si no se usase el término sanción.

100.- Finalmente, debe señalarse que la función de formular apercibimientos en relación con los tratamientos de datos efectuados por los órganos jurisdiccionales con fines jurisdiccionales corresponderá al CGPJ, en calidad de autoridad de control (art. 236 nonies.1 LOPJ).

VIII



101.- La Disposición adicional quinta del Anteproyecto regula la autorización judicial para declarar contraria al Derecho de la Unión las decisiones de la Comisión Europea sobre adecuación en materia de transferencias internacionales de datos que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión.

102.- La referida Disposición adicional reza:

«Autorización judicial en materia de transferencias internacionales de datos.

Cuando un afectado cuyos datos personales que hayan sido o pudieran ser transferidos a un tercer país beneficiario de una decisión de la Comisión de adecuación, en virtud del artículo 45 del Reglamento (UE) 2016/679, presente ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación por considerar que el tratamiento de datos personales infringe dicha norma, aduciendo la incompatibilidad de la referida decisión con la protección del derecho fundamental a la protección de datos, esta solicitud deberá ser examinada, previa audiencia del responsable del tratamiento habilitado para la transferencia internacional.

En el caso de la que la Agencia Española de Protección de datos considere fundada la reclamación, deberá solicitar de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional autorización para declarar contraria a Derecho la transferencia internacional de datos sobre la que versa dicha reclamación. Esta autorización solamente podrá ser concedida si, previo planteamiento de cuestión prejudicial de validez en los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la decisión de la Comisión Europea fuera declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

103.- La Disposición examinada se ha de poner en relación con los Considerandos (101) y siguientes del RGPD. Conforme precisa el Considerando (101), los flujos transfronterizos de datos personales a, y desde, países no pertenecientes a la Unión y organizaciones internacionales son necesarios para la expansión del comercio y la cooperación internacionales. El aumento de estos flujos plantea nuevos retos e inquietudes en lo que respecta a la protección de datos de carácter personal. Si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión por el Reglamento, ni siquiera en las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u



organización internacional a responsables y encargados en el mismo u otro tercer país u organización internacional. En todo caso, las transferencias a terceros países y organizaciones internacionales solo pueden llevarse a cabo de plena conformidad con el Reglamento. Por tanto, una transferencia solo podría tener lugar si, a reserva de las demás disposiciones del Reglamento, el responsable o encargado cumple las disposiciones específicas de éste sobre la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales.

104.- La Comisión puede decidir –como puntualiza el Considerando (103)-, con efectos para toda la Unión, que un tercer país, un territorio o un sector específico de un tercer país, o una organización internacional, ofrece un nivel de protección de datos adecuado, aportando de esta forma en toda la Unión seguridad y uniformidad jurídicas en lo que se refiere al tercer país u organización internacional, que se considera ofrece tal nivel de protección.

105.- En estos casos, se pueden realizar transferencias de datos personales a estos países sin que se requiera obtener otro tipo de autorización.

«En consonancia con los valores fundamentales en los que se basa la Unión –dice el Considerando (104)-, en particular la protección de los derechos humanos, la Comisión, en su evaluación del tercer país, o de un territorio o un sector específico de un tercer país, debe tener en cuenta de qué manera un determinado tercer país respeta el Estado de Derecho, el acceso a la justicia y las normas y criterios internacionales en materia de derechos humanos y su Derecho general y sectorial, incluida la legislación relativa a la seguridad pública, la defensa y la seguridad nacional, así como el orden público y el Derecho penal. En la adopción de una decisión de adecuación con respecto a un territorio o un sector específico de un tercer país se deben tener en cuenta criterios claros y objetivos, como las actividades concretas de tratamiento y el alcance de las normas jurídicas aplicables y la legislación vigente en el tercer país. El tercer país debe ofrecer garantías que aseguren un nivel adecuado de protección equivalente en lo esencial al ofrecido en la Unión, en particular cuando los datos personales son objeto de tratamiento en uno o varios sectores específicos. En particular, el tercer país debe garantizar que haya un control verdaderamente independiente de la protección de datos y establecer mecanismos de cooperación con las autoridades de protección de datos de los Estados miembros, así como reconocer a los interesados derechos efectivos y exigibles y acciones administrativas y judiciales efectivas».

106.- Tales consideraciones se plasman normativamente en los artículos 44 y 45 del RGPD, cuyas disposiciones, así como las del artículo



46, se acomodan y complementan en el orden interno en los artículos 41 a 44 del ALOPD.

107.- Por otra parte, la Disposición adicional examinada, en la medida en que contempla una autorización para declarar contraria al Derecho de la Unión una decisión de adecuación para la transferencia internacional de datos como consecuencia de una reclamación formulada por un afectado ante la AEPD por considerar que el tratamiento de datos infringe el artículo 45 del Reglamento, ha de ponerse igualmente en relación con las funciones y poderes de las autoridades de control que recogen los artículos 57 y 58 del Reglamento, entre las que se encuentran –en lo que ahora interesa–, tratar las reclamaciones presentadas por un interesado e investigar, en la medida oportuna, el motivo de la reclamación (artículo 57.1 f); ordenar al responsable o encargado del tratamiento que atienda a las solicitudes de ejercicio de los derechos del interesado en virtud del Reglamento y que las operaciones de tratamiento se ajusten al mismo, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado (artículo 58.2 c y d); imponer una limitación temporal o definitiva del tratamiento, incluida su prohibición; ordenar la rectificación o supresión de datos personales o la limitación de su tratamiento; y ordenar la suspensión de los flujos hacia un destinatario situado en un tercer país o hacia una organización internacional (artículo 58.2 f, g y j). El ejercicio de los poderes que tiene conferidos la autoridad de control estará sujeto a las garantías adecuadas, incluida la tutela judicial efectiva, y al respeto de las garantías procesales establecidas en el Derecho de la Unión y de los Estados miembros de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 58.4). Cada Estado miembro dispondrá por ley que su autoridad de control esté facultada para poner en conocimiento de las autoridades judiciales las infracciones del Reglamento y, si procede, para iniciar o ejercitar de otro modo acciones judiciales, con el fin de hacer cumplir lo dispuesto en el mismo (artículo 58.5). Estas funciones y potestades se adecuan al ordenamiento interno en los artículos 48 y siguientes del ALOPD.

108.- En la Exposición de Motivos del ALOPD no se explica ni justifica la inclusión de esta Disposición adicional. Para encontrar las razones de su incorporación al texto proyectado hay que acudir a la MAIN, que al respecto precisa que tiene su fundamento en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, Scherms (ECLI:UE:C:2015:650), que trataba sobre una transferencia internacional amparada en una decisión de adecuación de la Comisión Europea.



109.- En concreto, en su somera explicación, la MAIN indica que debe tenerse en cuenta el párrafo 65 de la referida sentencia, que señala que *«[c]orresponde al legislador nacional prever las vías de acción que permitan a la autoridad nacional de control exponer las alegaciones que juzgue fundadas ante los tribunales nacionales para que estos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de la Comisión, planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de esta»*.

110.- A la vista de tal consideración del Tribunal de Justicia, el prelegislador ha optado por articular un mecanismo que permite a la autoridad de control nacional ante la que se ha formulado una reclamación con motivo de una transferencia internacional de datos amparada por una decisión de la Comisión, y cuando la considere fundada, dirigirse al órgano jurisdiccional -la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo- con objeto de recabar de este la autorización para declarar contraria a Derecho la decisión de adecuación de la transferencia internacional de datos, previo planteamiento de cuestión prejudicial de validez en los términos del artículo 267 TFUE, y previa declaración de invalidez de la decisión por el Tribunal de Justicia.

111.- Conviene, llegado este punto, detenerse en el examen de la Sentencia Schrems en la que se fundamenta la regulación de la autorización propuesta.

112.- El objeto de la cuestión prejudicial -de interpretación y de validez- sometida al Tribunal de Justicia consistió, en esencia, en la interpretación de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta), de los artículos 25.6 y 28 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1882/2003 -normas a las que está llamado a sustituir el Reglamento (UE) 2016/679-, así como en la validez de la Decisión 2000/520/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (DO L 2015).

113.- En lo que interesa al objeto de la Disposición adicional proyectada que se analiza, la Sentencia aborda, a partir de sus apartados



38 y siguientes, la cuestión relativa a las facultades de las autoridades nacionales de control a las que se refiere el artículo 28 de la Directiva, ante una decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 25.6 de la misma Directiva.

114.- El Tribunal de Justicia parte de recordar –con referencia a su jurisprudencia anterior- que las disposiciones de la Directiva, en cuanto regulan el tratamiento de datos personales que puede vulnerar las libertades fundamentales, y en particular el derecho a la vida privada, deben ser necesariamente interpretadas a la luz de los derechos fundamentales protegidos por la Carta. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia destaca la importancia tanto del derecho fundamental al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 7 de la Carta, como del derecho fundamental a la protección de datos personales que garantiza su artículo 8, y destaca al mismo tiempo el elevado nivel de protección de esas libertades y derechos fundamentales.

115.- A tales efectos, las autoridades nacionales de control, plenamente independientes, cuentan con una amplia gama de facultades, entre las que ha de encontrarse la de comparecer en juicio, y, en concreto, la competencia para comprobar si una transferencia de datos personales desde el Estado miembro de esa autoridad hacia un tercer país respeta las exigencias establecidas por la Directiva.

116.- En particular, se destaca que una Decisión adoptada en virtud del artículo 25.6 de la Directiva, que mientras no haya sido declarada inválida por el Tribunal de Justicia, tiene carácter obligatorio para todos los Estados miembros destinatarios y vincula a sus órganos (artículo 288 TFUE y SSTJUE C-249/85, Albako/BALM, ECLI:EU:C:1987:245, y C-69/13, Mediaset, ECLI:EU:C:2014:67), no puede impedir que las personas cuyos datos personales hayan sido o pudieran ser transferidos a un tercer país presenten a las autoridades nacionales de control una solicitud, prevista en el artículo 28, apartado 4, de la Directiva, para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de esos datos; de la misma forma que una decisión de esa naturaleza no puede dejar sin efecto ni limitar las facultades reconocidas a las autoridades nacionales de control por el artículo 8.3 de la Carta y por el artículo 28 de la Directiva. Sería contrario al sistema establecido por esta y a la finalidad de sus artículos 25 y 28 que una decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 25.5 tuviera el efecto de impedir que una autoridad nacional de control examine la solicitud de una persona para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento internacional de sus datos personales.



117.- El Tribunal de Justicia recuerda que, conforme a su jurisprudencia reiterada, todos los actos de las instituciones de la Unión están sujetos al control de su conformidad, en particular, con los Tratados, con los principios generales del derecho y con los derechos fundamentales. Por lo tanto, las decisiones de la Comisión no pueden quedar excluidas de ese control. Recuerda al mismo tiempo que, con arreglo a su reiterada jurisprudencia (SSTJUE C-188/10 y 189/10, Melki y Abdeli, ECLI:EU:C:2010:363, y C-533/10, CIVAD, ECLI:EU:C:2012:347, y con anterioridad, C-314/85, Foto Frost, ECLI:EU:C:21987:452, y C-344/04, IATA y ELFAA, ECLI:EU:C:2006:10), compete en exclusiva al Tribunal de Justicia la declaración de invalidez de un acto de la Unión como una decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 25.6 de la Directiva 95/46. *«[A]unque los tribunales nacionales están ciertamente facultados para examinar la validez de un acto de la Unión, como una decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46, carecen sin embargo de competencia para declarar ellos mismos su invalidez (...) A fortiori, al examinar una solicitud, prevista en el artículo 28, apartado 4, de la Directiva 95/46, concerniente a la compatibilidad de una decisión de la Comisión, adoptada en virtud del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46, con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas, las autoridades nacionales de control no están habilitadas para declarar la invalidez de la referida decisión».*

118.- Conforme a las anteriores consideraciones, cuando una persona, cuyos datos hayan sido o pudieran ser transferidos a un tercer país que haya sido objeto de una decisión de la Comisión en virtud del artículo 25.6 de la Directiva, presenta a la autoridad nacional de control una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de esos datos, e impugna con ocasión de esa solicitud la compatibilidad de dicha decisión con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas, incumbe a la autoridad nacional de control examinar la referida solicitud con toda la diligencia exigible.

119.- Si dicha autoridad de control llega a la conclusión de que los datos alegados en apoyo de esa solicitud son infundados y la desestima por tal razón, la persona que haya presentado la solicitud debe disponer de recursos jurisdiccionales que le permitan impugnar esa decisión lesiva ante los tribunales nacionales, según resulta del artículo 28.3, párrafo segundo, de la Directiva, interpretado a la luz del artículo 47 de la Carta. Dichos



tribunales nacionales están obligados a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez si estiman que uno o varios de los motivos de invalidez alegados por las partes o, en su caso, suscitados de oficio, son fundados.

120.- Si, por el contrario, la autoridad nacional de control considera fundadas las alegaciones expuestas por el solicitante, la referida autoridad debe tener capacidad para comparecer en juicio, conforme al artículo 28.3 de la Directiva, entendido a la luz del artículo 8.3 de la Carta. *«[A] ese efecto, corresponde al legislador nacional prever las vías de acción que permitan a la autoridad nacional de control exponer las alegaciones que juzgue fundadas ante los tribunales nacionales, para que estos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de la Comisión, planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de esta».*

121.- Concluye en este punto el Tribunal de Justicia que el artículo 25.6 de la Directiva, entendido a la luz de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una decisión de la Comisión como la adoptada en virtud de lo dispuesto en dicho artículo –y, por tanto, la que era objeto de la cuestión prejudicial–, no impide que una autoridad de control de un Estado miembro, a la que se refiere el artículo 28 de la Directiva, examine la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de los datos personales que la conciernen que se hayan transferido desde un Estado miembro a un tercer país, cuando esa persona alega que el derecho y las prácticas en vigor de este no garantizan un nivel de protección adecuado.

122.- Este es, por tanto, el marco que sirve de fundamento y justificación a la disposición proyectada que se analiza, y que ha de servir de guía para su examen, sin otra precisión que, allí donde se alude a las normas de la Directiva, deben entenderse aludidas las del RGPD más arriba citadas.

123.- Conviene, sin embargo, para situar adecuadamente el objeto de análisis, tener en cuenta los siguientes aspectos, que atañen tanto a la distribución de las competencias en la organización judicial europea, como al procedimiento prejudicial previsto y regulado en los artículos 19.3 b) del TUE, 267 del TFUE y 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (RPTJ).



124.- Ante todo, constituye un presupuesto indiscutible, que se deriva ya desde la doctrina establecida en la Sentencia International Chemical Corporation (as. C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102), recogida después en la Sentencia Foto-Frost y en la propia Sentencia Schrems, el hecho de que, sin entrar a caracterizar la organización judicial en la Unión Europea –Tribunales nacionales *versus* Tribunales de la Unión- en torno al debate teórico de su configuración cooperativa u horizontal, jerárquica o vertical, o, en fin, discursiva o argumentativa, los órganos jurisdiccionales nacionales, si bien pueden examinar la validez de un acto comunitario y pueden desestimar los motivos de invalidez alegados por las partes, si no los encuentran fundados, y concluir con la validez del acto, carecen, sin embargo de la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones europeas, facultad *–rectius*, competencia- que tiene atribuida el Tribunal de Justicia en exclusiva, al que corresponde garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales nacionales.

125.- Por otro lado, tal y como recuerda la Sentencia Unión de Pequeños Agricultores –UPA- (asunto C-50/00, de 25 de julio de 2002, ECLI:EU:C:2002:462), de conformidad con el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE), los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto. Coherentemente con ello, corresponde a los Estados miembros establecer las vías procesales y los procedimientos que permitan garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. En esta misma línea se encuentra también la STJUE de 5 de abril de 2016, asunto C-689, Puligienica Facility Esco SpA (ECLI:EU:C:2016:199)

126.- Del tenor de la Sentencia Schrems, que sirve de fuste a la Disposición adicional proyectada objeto de examen, se desprende que, en desarrollo de la garantía de la protección de los derechos y libertades de las personas afectadas por el tratamiento –aquí internacional- de sus datos personales y de las funciones que corresponden a las autoridades de control nacionales, estas, si bien carecen de competencia para declarar la invalidez de un acto de una institución de la Unión –en el caso, una decisión de la Comisión adoptada en el marco del artículo 45 del RGPD, en relación con sus artículos 57 y 58-, les corresponde, sin embargo, examinar la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento internacional de sus datos personales con base en la



incompatibilidad de la decisión de adecuación adoptada por la Comisión con la protección de tales derechos y libertades fundamentales; de forma que si considera infundada su reclamación y la desestima, el afectado tiene expedita la vía jurisdiccional para impugnar la decisión de la autoridad de control, y, en el seno del procedimiento jurisdiccional, deberá el Tribunal suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez si estima que uno o varios de los motivos de invalidez que el reclamante predica de la decisión, o alguno de los suscitados de oficio, son fundados.

127.- Es este, por tanto, el mecanismo que posibilita, tras la vía administrativa y abierta la revisión jurisdiccional de la resolución de la autoridad de protección de datos, el control de legalidad del acto de la institución europea a través del diálogo prejudicial, en aras a garantizar la protección de los derechos y libertades fundamentales frente al tratamiento internacional de los datos personales, pero también con el efecto de adecuar la actuación de las instituciones, órganos u organismos europeos al Derecho de la Unión y de proporcionar seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento de la Unión Europea. Se trata, pues, de una genuina cuestión prejudicial de validez, en la que se someten al Tribunal de Justicia las dudas sobre la validez de la decisión de adecuación de la transferencia internacional de datos personales –único competente para declarar su invalidez-, pendiente un proceso –el de revisión jurisdiccional de la resolución de la autoridad de control-, planteada, previo el oportuno juicio de relevancia, por un órgano jurisdiccional *stricto sensu* –el tribunal nacional con competencia para conocer de dicha revisión jurisdiccional- y en ejercicio de estrictas funciones jurisdiccionales, solicitando del Tribunal de Justicia que se pronuncie acerca de la conformidad de dicho acto con el Derecho de la Unión de naturaleza primaria, originaria o “constitucional”, y proyectándose el pronunciamiento prejudicial sobre el objeto del proceso nacional y sobre su resolución.

128.- Este mecanismo prejudicial coexiste con el recurso de anulación regulado en el artículo 263 del TFUE, que también tiene por finalidad el control de la legalidad de los actos emitidos por determinadas instituciones, órganos y organismos europeos –si bien sin la posibilidad de pronunciarse sobre su reforma-, que solo compete a las partes que han intervenido en el litigio. Son conocidas, sin embargo, las estrictas condiciones de legitimación que afectan a la acción de anulación, fundamentalmente cuando se trata de particulares –se ha de tratar de actos dirigidos directamente frente a ellos, por ser destinatarios de los mismos o por afectarles directa e individualmente (cfr. artículo 263 TFUE y SSTJUE de 22 de marzo de 2007,



asunto C-15/06, Regione Siciliana/Comisión, ECLI:EU:C:2007:183; de 10 de septiembre de 2009, asunto C-445/07 P, Comisión/Ente per la Ville Vesuviane, ECLI:EU:C:2009:529; de 17 de septiembre de 2009, asunto C-519/07 P, Comisión/Koninklijke Friesland Campina, ECLI:EU:C:2009:256; y STGUE de 18 de marzo de 2010, asunto T-189/08, Forum 187/Comisión, ECLI:EU:T:2010:99, entre otras-), incluso cuando se trata de las acciones de anulación de disposiciones o actos de carácter general.

129.- La Disposición proyectada se sitúa, sin embargo, en un marco diferente. Es el que se produce cuando la autoridad de control nacional considera fundadas las alegaciones del solicitante afectado por el tratamiento transfronterizo de sus datos personales cuya transferencia se encuentra amparada en una decisión de adecuación dictada por la Comisión Europea. En ese caso, según se desprende de la fundamentación de la Sentencia Schrems, la autoridad nacional, que no puede declarar la ilegalidad de la decisión de la Comisión, antes de resolver, pese a considerar fundadas las alegaciones del particular, rechazando la solicitud con base en la vinculación que se deriva de la decisión de la Comisión –cuya presunción de legalidad se mantiene en tanto no sea anulada o declarada ilegal-, ha de contar con un mecanismo que le permita exponer al tribunal competente las alegaciones del particular que considere fundadas, para que dicho tribunal, si está conforme con las dudas o con el planteamiento de la autoridad de control, suscite la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la validez de la decisión de la Comisión.

130.- Debe significarse desde ahora que la articulación de este mecanismo no se contiene en sí misma, ciertamente, en el pronunciamiento de la Sentencia Schrems, que agota la respuesta a la cuestión de interpretación –vinculada a la de validez- que constituyó el objeto del reenvío prejudicial en la interpretación del artículo 25.6 de la Directiva 95/46, a la luz de los artículos 7, 8 y 45 de la Carta, declarando que una decisión de adecuación de transferencia internacional de datos, adoptada por la Comisión conforme al referido artículo 25.6, no impide que una autoridad de control nacional examine la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente a una transferencia internacional de sus datos personales, cuando alega que el Derecho y las prácticas en vigor en el país al que se transfieren los datos no garantizan un nivel de protección adecuado.

131.- No obstante ser ese el pronunciamiento del Tribunal de Justicia respecto de la cuestión prejudicial de interpretación que se le suscitaba, la articulación del mecanismo de acceso de las autoridades de control al



tribunal nacional para exponer las alegaciones en que el particular afectado basa su reclamación y que aquella considera fundadas, y para exponer, en fin, las dudas sobre la validez de la decisión de la Comisión para que dicho tribunal nacional promueva el diálogo prejudicial con objeto de pronunciarse sobre la validez del acto de la institución europea, lejos de constituir un fundamento meramente incidental, constituye ante todo una obligada consecuencia del estricto pronunciamiento interpretativo sobre el artículo 25.2 de la Directiva –ahora sería del artículo 45 del Reglamento- y, por tanto, de la facultad de examen que corresponde a la autoridad de control proyectada sobre la validez de la decisión de la Comisión. Pero es también consecuencia de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia para declarar la ilegalidad de dicha decisión y de las exigencias que se derivan de la doctrina de la Sentencia UPA y las que le han seguido, de manera que cabe considerar que forma parte integrante del pronunciamiento mismo de la sentencia, al que alcanza su efecto vinculante *erga omnes*, y que, desde luego, habría de ser tenido en cuenta en un eventual futuro planteamiento de una cuestión prejudicial referida a la propia Disposición adicional ahora proyectada, en relación con la regulación contenida en el Reglamento y en relación con el procedimiento prejudicial regulado en el TJUE y en el RPTJ.

132.- La hipotética alternativa a este mecanismo consistiría en propiciar el reenvío prejudicial de validez desde el procedimiento seguido ante la autoridad de control como consecuencia de la reclamación deducida por el particular afectado, de forma que el diálogo con el Tribunal de Justicia se entablara desde el organismo de control mismo. En realidad, como se puede apreciar, la decisión del Tribunal de Justicia por la que se declara la invalidez del acto de la institución europea se ha de proyectar, en definitiva, sobre la reclamación de la que conoce la autoridad de control nacional, a partir de la cual podrá adoptar las medidas tendentes a proteger las libertades y los derechos fundamentales afectados, por más que el efecto inmediato de la sentencia se resuma en la exclusión del acto invalidado del acervo de la Unión.

133.- Esta vía alternativa pudiera encontrar justificación en la progresiva amplitud con que el Tribunal de Justicia ha configurado el concepto autónomo de "*órgano jurisdiccional nacional*" al que se refieren los artículos 19.3 b) del TUE, 267 TFUE, 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, y 93 y siguientes del RPTJ, así como las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, elaboradas por el propio Tribunal de Justicia.



134.- En efecto, como es sabido, la delimitación jurisprudencial de dicho concepto, con referencia al sujeto legitimado para entablar el diálogo prejudicial, ha sido el resultado de una progresiva expansión en el entendimiento de sus elementos caracterizadores, a partir de la STJUE C-61/65, *Veuve G. Vassen-Göebbels* (ECLI:EU:C:1966:39), en particular los relativos al origen legal del órgano, su carácter permanente, al carácter obligatorio de la jurisdicción que ejerce, tanto por imposibilidad de acudir a otro órgano para la resolución del litigio como por el carácter vinculante de sus decisiones, al carácter contradictorio del procedimiento, a la aplicación de normas de derecho, y, en fin, al carácter independiente del órgano.

135.- Más en concreto, y haciendo ya traslación de esos criterios a la autoridad de control de protección de datos, no parece que pueda cuestionarse su origen legal y su carácter permanente, caracteres que se derivan de la regulación misma de las autoridades de control contenida en los artículos 51 al 59 del Reglamento, y de los artículos 45 y siguientes y 58 y siguientes del ALOPD, de los que se desprende asimismo su carácter independiente.

136.- Es relevante en este punto destacar que, dentro del marco normativo básico y general del RGPD, su artículo 52 dispone que cada autoridad de control actuará con total independencia en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes, y que los miembros de cada autoridad de control serán ajenos, en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus poderes, a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no solicitarán ni admitirán ninguna instrucción. Asimismo, se abstendrán de cualquier acción que sea incompatible con sus funciones y no participarán, mientras dure su mandato, en ninguna actividad profesional que sea incompatible, remunerada o no. La independencia se garantizará con la asignación de los medios personales y materiales necesarios, con un control financiero, con un procedimiento transparente de designación de los miembros, con el régimen de cualificaciones y condiciones de idoneidad para ser nombrado, y con la duración y el carácter renovable o no del mandato, así como por las condiciones por las que se rigen las obligaciones de los miembros y del personal de cada autoridad de control, las prohibiciones relativas a acciones, ocupaciones y prestaciones incompatibles con el cargo durante el mandato y después del mismo, y las normas que rigen el cese en el empleo (artículos 53 y 54 del RGPD).

137.- En punto a las garantías de independencia e imparcialidad del órgano y de sus miembros, que afectan tanto a la composición de aquel como al estatuto de estos (nombramiento, duración de su mandato,



inamovilidad, abstención y recusación), como, en fin, a la posición y actuación de la autoridad de control en el litigio, conviene destacar que, ciertamente, el RGPD contiene una habilitación para el desarrollo en cada Estado miembro de las condiciones generales aplicables a los miembros de la autoridad de control y sobre el establecimiento de esta. Por tanto, será el legislador nacional quien determine legalmente el régimen de composición de la autoridad de control y el estatuto de sus miembros, bajo los principios generales de independencia e imparcialidad.

138.- Con todo, y sin perjuicio de la configuración legal del régimen orgánico y funcional de la autoridad de control, debe tenerse presente la flexibilidad con que el Tribunal de Justicia ha entendido satisfechas estas garantías, que ha llevado a reconocer el carácter de órgano jurisdiccional, a los efectos de atribuir la legitimación para el planteamiento de la cuestión prejudicial, a los Tribunales Económicos Administrativos Regionales españoles (STJUE asuntos acumulados C-110/98 a 147/98, Gabalfrisa, S.L., ECLI:EU:C:2000:145; en análogo sentido, y con relación a órganos similares, STJUE as. C-407/98, Katarina Abramsson y Leif Anderson, ECLI:EU:C:2000:367, y STJUE as. C-17/00, François de Coster, ECLI:EU:C:2001:651) y al Tribunal de Defensa de la Competencia (STJUE as. C-67/91, Asociación Española de la Banca Privada y otros, ECLI:EU:C:1992:330). También ha hecho lo propio respecto de ciertos órganos de control, como el Bundeskommunikationssat de la República de Austria (STJUE as. C-195/06, Kommunikationsbehörde Austria; en sentido análogo, STJUE as. C-238/11, Sky Österreich GmbH, ECLI:EUC:2013:28), o el Teleklagaevnet danés (STJUE as. C-222/03, TDC A/S, ECLI:EU:C:2014:2265).

139.- También en lo concerniente al carácter obligatorio de la jurisdicción, por imposibilidad de acudir a otros litigios y por el carácter vinculante de las decisiones del órgano, el Tribunal de Justicia ha mantenido una postura generosa, ya puesta de manifiesto en la Sentencia Gabalfrisa, y después reflejada en otras sentencias posteriores, que apreciaron tal rasgo respecto de organismos encargados de la revisión de las decisiones dictadas por oficinas de marcas, aun cuando quedaba abierta la alternativa de la revisión jurisdiccional (cfr. STJUE as. C-246/80, C. Broekmeulen, y STJUE as. C-259/04, Elizabeth Florence Emanuel, ECLI:EU:C:2006:215).

140.- El prelegislador, no obstante, ha prescindido de tal alternativa. De ese modo, además de evitar las posibles dudas que pudieran surgir acerca, no solo de la legitimación de la autoridad de control para entablar el diálogo prejudicial, sino también respecto del carácter jurisdiccional de la



función y de su decisión –por más que, también respecto de estos elementos, el Tribunal de Justicia haya hecho una interpretación amplia-, ha buscado atenerse estrictamente al supuesto contemplado en el apartado 65 de la Sentencia Schrems y a las exigencias que considera se anudan al mismo, y ha articulado un cauce de acceso al órgano jurisdiccional al que atribuye la específica competencia de autorizar la declaración de que la transferencia internacional es contraria a Derecho, previo planteamiento de la cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, desplaza la legitimación para el reenvío prejudicial al órgano jurisdiccional, y la sustrae, al menos directamente, del ámbito donde se desarrolla la actuación de la autoridad de control en el examen de la reclamación del afectado por la transferencia internacional de sus datos personales.

141.- Esta opción se mostraría, en principio, acorde, no solo con las exigencias derivadas del RGPD y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que se ha venido haciendo alusión –y especialmente a las derivadas de la Sentencia Schrems-, sino también con el principio de autonomía procesal, que atribuye libertad al legislador nacional para configurar los procedimientos, mecanismos y recursos procesales conforme a sus principios y reglas del derecho nacional, siempre que se cumplan las exigencias de los principios de equivalencia y de efectividad.

142.- Dicho lo anterior, cabe reflexionar, empero, acerca de hasta qué punto el mecanismo diseñado por el prelegislador es, si no artificioso, sí meramente instrumental, es elusivo de los presupuestos necesarios para entablar el diálogo prejudicial, y cumple las exigencias del principio de efectividad.

143.- Como ya se ha indicado, el prelegislador, con el pie de apoyo que ofrece el repetido apartado 65 de la Sentencia Schrems, ha diseñado un trámite autorizatorio como vehículo para obtener la declaración, a través del proceso prejudicial, de la invalidez de la decisión de adecuación de la transferencia internacional de datos, y, con su proyección a la reclamación formulada ante la autoridad de control, proteger con ello las libertades y los derechos fundamentales afectados por dicha transferencia internacional de datos.

144.- En un plano argumentativo, se ha de reconocer que la articulación de este mecanismo presenta, desde luego, un carácter netamente instrumental, en la medida en que se erige en relación de medio-fin en la consecución de este resultado; lo que, sin embargo, no lo



invalida por sí mismo, por cuanto no cabe calificarlo de artificioso: la controversia existe, por más que se encuentre en sede administrativa.

145.- El centro del análisis se desplazaría, entonces, y en el mismo plano argumentativo, hacia la comprobación de la concurrencia del presupuesto de la pendencia de un litigio para cuya resolución sea necesaria la decisión de la cuestión prejudicial de validez, lo que es tanto como comprobar si, dada la procedencia de la cuestión que da pie a su planteamiento y el marco donde ha de surtir efectos la decisión prejudicial, se está ante el efectivo ejercicio de una función jurisdiccional y ante una efectiva decisión jurisdiccional.

146.- Conforme a los criterios que cabe extraer de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los efectos del diálogo prejudicial se ha de entender que se está ante el ejercicio de una función jurisdiccional y ante la pendencia de un litigio cuando un particular invoca un derecho ante un órgano competente al que, por concurrir en él los elementos caracterizadores antes aludidos, quepa atribuir conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el carácter de órgano jurisdiccional, y dicho órgano decide con aplicación del Derecho y con respeto a las garantías procesales, siempre que se trate de un conflicto real, no meramente hipotético o construido artificialmente (SSTJUE as. 104/79, Pasquale Foglia, y as. 224/80, Pascuale Foglia; también STJUE C-200/98, X e Y, ECLI:EU:C:1999:566).

147.- Cumple precisar, en punto al respeto de las garantías procesales, y en particular respecto del carácter contradictorio del litigio, que el Tribunal de Justicia ha apreciado su concurrencia de manera casuística, si bien ha admitido el planteamiento de la cuestión prejudicial, en los casos en los que no se daba la nota de la contradicción estrictamente considerada, cuando se ha producido la concurrencia de estos tres elementos: que un particular haya invocado un derecho y reclamado la autoridad de un órgano jurisdiccional –entendido en sentido amplio como aquel en el que concurren las características que le confieren legitimación para abrir el diálogo prejudicial-; que la petición haya estado bien definida, tanto fáctica como jurídicamente; y que el órgano haya ejercido sus funciones con pleno respeto a las garantías procesales.

148.- Con arreglo a esta configuración jurisprudencial, el Tribunal de Justicia ha considerado que se estaba ante un procedimiento contradictorio cuando, mediante la aplicación de la legislación administrativa general, se ofrecía a las partes la posibilidad de defender sus derechos e intereses



legítimos (STJUE as. C-136/11, Westbahn Management GmbH, ECLI:EU:C:2012:330). Conforme a esta línea jurisprudencial, cabría admitir, por tanto, el planteamiento de la cuestión prejudicial aun cuando no existiese controversia propiamente dicha entre dos partes. De este modo, se ha admitido, por ejemplo, la existencia de un litigio, en orden al reenvío prejudicial, en un recurso interpuesto ante el Consejo de Estado sueco frente a un dictamen emitido por una comisión tributaria, en la medida en que el procedimiento ante el Consejo de Estado tenía por objeto controlar la legalidad del referido dictamen, que, una vez firme, vinculaba a la administración tributaria (STJUE C-200/98, cit. También, STJUE C-458/06, Skatteverket, ECLI:EU:C:2008:338).

149.- Trasladando lo anterior al supuesto que contempla la Disposición adicional quinta del ALOPD y al mecanismo autorizatorio y de reenvío que articula, sería dable aceptar, en la línea argumentativa que se sigue, que concurrirían los elementos que legitimarían la opción del prelegislador, incluso admitiendo su carácter instrumental, y proyectando aquel mecanismo y su resultado hacia la reclamación de la que conoce, conforme a su competencia, la autoridad de control.

150.- En efecto, con arreglo a los parámetros jurisprudenciales expuestos, y en la línea argumentativa propuesta, cabría sostener la existencia del procedimiento en el seno del cual ha de producir sus efectos la decisión prejudicial, que, antes que en el cauce meramente autorizatorio que se abre ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se encontraría en el procedimiento donde se resuelve sobre la reclamación deducida por el afectado por el tratamiento internacional de sus datos. Sería, por tanto, con referencia a dicho procedimiento y a su resolución, donde cabría situar la existencia del litigio, la contradicción y, por ende, el carácter jurisdiccional de la función y de la decisión del órgano que ha de resolver, ya con base en la decisión prejudicial y sus efectos *erga omnes*, una vez recaída. Conviene destacar, en tal sentido, que el carácter contradictorio del litigio aparecería reforzado por la previsión de la audiencia del responsable del tratamiento habilitado para la transferencia internacional que se prevé en el último inciso del párrafo primero de la Disposición proyectada.

151.- El mecanismo diseñado por el legislador tiende a agotar en la mayor medida posible, qué duda cabe, las consecuencias y los requerimientos que se desprenden de la jurisprudencia comunitaria y, en particular, de la Sentencia Schrems, y tiende a dotar de la mayor



virtualidad posible la tutela de los derechos fundamentales afectados por la transferencia internacional de datos.

152.- Ahora bien, si la línea argumentativa propuesta serviría para respaldar, en la línea teórica y argumentativa seguida, el mecanismo autorizador diseñado por el prelegislador, no aleja, sin embargo, definitivamente las dudas acerca de la conciliación de la opción legislativa adoptada y las exigencias impuestas para el planteamiento del diálogo prejudicial. Y es que dudas similares a las que cabe albergar sobre la posibilidad de que el diálogo prejudicial pudiera abrirse directamente desde la autoridad de control se cernirían sobre la articulación de un mecanismo de autorización que ha de servir de mera plataforma desde la que realizar la remisión prejudicial, cuyo pronunciamiento de invalidez se va a proyectar directamente sobre la reclamación formulada ante la autoridad de control, de forma que la autorización jurisdiccional, una vez recaída la sentencia declarativa de la invalidez de la decisión de adecuación, carecería prácticamente de contenido.

153.- No puede por menos que destacarse el hecho de que la sentencia del Tribunal de Justicia que declare la invalidez de la decisión tiene carácter obligatorio y vinculante desde el momento en que se dicta (artículo 91.1 RPTJ), y además de vincular directamente al órgano jurisdiccional que ha planteado la cuestión, tiene efectos generales y *erga omnes*, por razones de seguridad jurídica y de aplicación uniforme del Derecho de la Unión (cfr. STJUE as. C-66/80, SpA International Chemical Corp., cit.).

154.- En concreto, la sentencia que declare la invalidez del acto de la institución europea tendrá carácter definitivo, y se impone por tanto, en primer término, al órgano jurisdiccional remitente, al que compete, según la Disposición adicional proyectada, conceder la autorización solicitada por la autoridad de control. En consecuencia, aun cuando aquel pudiera plantear nueva cuestión prejudicial cuando albergase dudas sobre el alcance y las consecuencias de la invalidez, en modo alguno podría promover una revisión de la misma, ni soslayar el pronunciamiento de invalidez (cfr. STJUE 314/85, Foto Frost, cit.).

155.- Para evitar tales dudas sería preciso configurar un verdadero procedimiento ante el tribunal nacional, trasladando a este la decisión – positiva- de la validez de la decisión de la Comisión, y el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez, caso de que no alcanzase un juicio



positivo sobre la validez del acto y de que consideraran justificadas las dudas acerca de su conciliación con el Derecho de la Unión.

156.- El ejemplo a seguir puede ser el que ofrece la ley alemana por la que se desarrolla y adecúa al ordenamiento alemán el RGPD.

157.-El párrafo 42-b de la Datenschutz-Anpassungs-und-Umsetzungsgesetz EU (Ley de adaptación de la Ley de protección de datos al RGPD), de 30 de junio de 2017 –en vigor desde el 6 de julio de 2017-, establece un mecanismo procesal conforme al cual, cuando la autoridad de control ante la que se ha formulado una reclamación por considerar el interesado que su derecho fundamental a la protección de datos personales se ha visto vulnerado como consecuencia de una transferencia internacional de datos amparada en una decisión de adecuación de la Comisión Europea, y con fundamento en que esta es contraria al Derecho de la Unión, y cuando de la validez de dicha decisión dependa la resolución de la reclamación, deberá suspender el procedimiento y deberá dirigirse al órgano jurisdiccional competente –el Tribunal Supremo Administrativo, en primera y única instancia- para que este se pronuncie acerca de la validez de dicha decisión y resuelva, con base en dicha validez, la reclamación, y, para el caso de que considerara fundadas las dudas sobre su validez –es decir, cuando no emita un juicio positivo de validez-, plantee la cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia.

158.- En este procedimiento se reconoce expresamente la legitimación activa de la autoridad de control, dando estricto cumplimiento al pronunciamiento de la Sentencia Schrems, que reclama del legislador nacional la adopción de las vías de acción que permitan a la autoridad nacional de control exponer las alegaciones que considere fundadas ante los tribunales nacionales. Dispone, a tal efecto, que cuando una autoridad de control considere contraria a Derecho una decisión de adecuación de la Comisión Europea, una decisión de aprobación de cláusulas contractuales tipo o una decisión sobre normas corporativas vinculantes, de cuya validez dependa la decisión de la autoridad de control, esta deberá suspender el procedimiento y plantear una solicitud de decisión judicial. Se reconoce expresamente, en consecuencia, la legitimación y la condición de parte actora de la autoridad de control (párrafo 42 b, apartado 4).

159.- El procedimiento que se abre con la solicitud de la autoridad de control se tramitará por la jurisdicción contencioso-administrativa, y se sujetará a la ley reguladora de dicha jurisdicción (VwGO), con las oportunas remisiones y reenvíos a la misma. Se reconoce también de forma expresa la



intervención como parte de los interesados en el procedimiento y también de los titulares del interés público (párrafo 42 b, 4, en relación con el artículo 63.3 y 4 VwGO), y se prevé la intervención de la Comisión Europea. El procedimiento se concibe con las necesarias referencias y remisiones a diversos preceptos de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana (en particular, a los artículos 63.3 y 4 y al artículo 47.5, primer párrafo, y 6, de la VwGO, este último relativo a la forma de la decisión del tribunal –Urteil o Beschluss, según haya habido o no vista oral-, y a la posibilidad de adoptar medidas cautelares).

160.- La fórmula escogida por el legislador alemán pasa, por tanto, por establecer un auténtico procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional competente, en el que se confiere legitimación activa a la autoridad de control –que ostenta la condición de parte actora en el procedimiento-, se garantiza la intervención de los interesados como partes procesales –incluido el representante federal del interés público-, se instrumenta la intervención de la Comisión Europea, y termina con la decisión del órgano jurisdiccional, previo el planteamiento, en su caso, de la correspondiente cuestión prejudicial de validez al Tribunal de Justicia.

161.- Este mecanismo procedimental se acomoda en todo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que deriva de las Sentencias Foto-Frost y UPA, y se ajusta a los requerimientos que derivan de la Sentencia Schrems. Y, por otra parte, en el plano del diálogo prejudicial, asegura el carácter jurisdiccional del órgano que promueve el reenvío prejudicial, la existencia del litigio en el que se suscita la necesidad de este y cuya resolución depende de la decisión prejudicial, la contradicción y el carácter jurisdiccional de la función y de la decisión del tribunal nacional.

162.- Es este, por tanto, el modelo que, a juicio de este Consejo General del Poder Judicial, debería seguir el prelegislador nacional, en vez del mecanismo autorizatorio propuesto, de no fácil encaje en la tradicional configuración del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que plantea problemas de ajuste a las exigencias impuestas normativa y jurisprudencialmente para abrir el diálogo prejudicial.

163.- Por consiguiente, resultaría más adecuado que la Disposición adicional proyectada contemplara, en el correcto desarrollo y adaptación del RGPD y en cumplimiento de las exigencias impuestas desde la jurisprudencia europea, y más en particular por la Sentencia Schrems, la completa configuración del procedimiento judicial desde el cual se va a entablar el diálogo prejudicial, a raíz de la solicitud de la decisión judicial



formulada por la autoridad de control que conoce de la reclamación, y cuya resolución depende de la validez de la decisión de la Comisión.

164.- Esta configuración legal debería contemplar, por tanto, la legitimación de la autoridad de control para formular la solicitud ante el órgano judicial, en demanda de una decisión acerca de la validez del acto de la institución europea, primero, y de la reclamación formulada con base en su contradicción del Derecho europeo, después. Debería contemplar, consecuentemente, la forma en que debe deducirse la solicitud y los efectos de la misma en el procedimiento seguido ante la autoridad de control. También, la condición de parte actora de la referida autoridad de control, y, en garantía del principio de contradicción, la intervención como parte en el procedimiento de todos los interesados, así como la intervención de la Comisión Europea cuya decisión de adecuación está en cuestión, especificando el tipo de intervención considerado y el objeto y finalidad de la misma en el procedimiento judicial. Debería, al mismo tiempo, fijar cuál será el marco normativo que ha de regir el procedimiento, con la necesaria remisión o reenvío a las normas de procedimiento aplicables, o con las modificaciones o adaptaciones que éstas precisen. Asimismo, habrá de establecer la jurisdicción y el órgano competente, y las facultades del mismo en orden a dispensar la tutela cautelar que resulte precisa. Se ha de prever el resultado del juicio de validez de la decisión de la Comisión efectuado por el tribunal, de forma que si es positivo, lo exprese en su decisión y resuelva conforme al mismo, y si es negativo se articule la obligación del reenvío prejudicial de validez al Tribunal de Justicia. Y se han de contemplar, en fin, la forma de la decisión del tribunal nacional, la eventual vía de impugnación de la misma, y las consecuencias de la decisión prejudicial en el procedimiento nacional.

165.- Paralelamente, sería necesario que, por razones derivadas del principio de reserva de ley orgánica cualificada, la disposición que se analiza venga acompañada de la imprescindible atribución competencial al correspondiente órgano jurisdiccional, que, tal y como se contempla en la Disposición proyectada, podría recaer en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por ser este el órgano natural competente para conocer de los recursos contra las resoluciones de las autoridades de control.

166.- Esta necesidad pudiera entenderse aparentemente colmada desde la propia LOPJ, cuyo artículo 66 e) establece que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá «...[y] de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la ley»; siendo así



que, sobre la base de tal habilitación, la Disposición adicional cuarta, apartado 5ª, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), confiere a dicho órgano la competencia para conocer de los recursos contra los actos y disposiciones de la AEPD.

167.- Sin embargo, no puede desconocerse que el procedimiento que habría de contemplar la Disposición adicional quinta del ALOPD, en sí mismo, no se identificaría conceptualmente con un recurso, ni tampoco, por su naturaleza y objeto, con un recurso contra un acto o disposición de la AEPD.

168.- Siendo así, la habilitación contenida en el apartado e) del artículo 66 de la LOPJ, y la atribución competencial establecida en la Disposición adicional cuarta, apartado quinto, de la LJCA, resultarían insuficientes para la que se previera en la Disposición adicional quinta del ALOPD objeto de examen, atendida la reserva de ley orgánica cualificada que se deriva del artículo 122.1 CE, que hace asimismo insuficiente la atribución competencial que se efectúa desde la LOPD proyectada.

169.- En consecuencia, sería necesario que las previsiones contenidas en la Disposición adicional quinta del ALOPD tuviesen su reflejo en la LOPJ, y que viniesen acompañadas de la oportuna previsión en esta de la atribución de esta específica competencia, para lo que podría aprovecharse el rango de la norma proyectada que es objeto de informe, introduciendo la modificación de la LOPJ a través de una Disposición final del Anteproyecto, respecto de la que, naturalmente, debería declararse expresamente su carácter de Ley Orgánica.

170.- El mecanismo previsto en la Disposición adicional quinta, según el modelo propuesto, debería proyectarse, por lo demás, a los casos en los que son competentes las autoridades de control autonómicas, y también a los supuestos de competencia de este Consejo General del Poder Judicial, en su función de autoridad de control, ya que el RGPD expresa la salvaguarda de las funciones que la LOPJ encomienda al CGPJ como autoridad de control en relación con los tratamientos de datos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, sería preciso que la misma legitimación que se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos se confiera a las autoridades autonómicas de control y a este órgano constitucional como autoridad de control respecto a los tratamientos de datos jurisdiccionales, para acudir al órgano jurisdiccional –Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respectivamente-



conforme al modelo propuesto, y para que desde este, en su caso, se entable el diálogo prejudicial de validez. Y sería preciso asimismo introducir las modificaciones en la LOPJ y en la LJCA para establecer la correspondiente competencia y para regular el trámite procedimental, en análogos términos a los antes indicados.

171.- La alternativa a este modelo consistiría, en la línea ya apuntada en los párrafos 132 a 140 de este informe, en articular un mecanismo de remisión prejudicial directa desde la autoridad de control, en el marco del procedimiento en el que examina la reclamación formulada por el titular de los datos personales cuyo derecho se ha visto afectado por la transferencia internacional. Para ello sería preciso dotar a la autoridad de control – o a un órgano dentro de la misma creado a ese fin- de una configuración tal que permita reconocer en ella de forma indubitada e indiscutible los rasgos que, conforme a la jurisprudencia europea, caracterizan el concepto autónomo de “órgano jurisdiccional” con arreglo al cual se confiere la legitimación para abrir el diálogo prejudicial; configuración que podría establecerse en la propia Ley Orgánica cuyo Anteproyecto es ahora objeto de informe. Se posibilitaría, de ese modo, una tutela más directa y rápida del derecho fundamental, sin necesidad de configurar un procedimiento jurisdiccional “ad hoc”, ni de dotar de la correspondiente competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional mediante la imprescindible modificación de la LOPJ, evitándose también la necesidad de articular legalmente los trámites procesales precisos, quedando a salvo siempre y en todo caso la revisión jurisdiccional de la decisión de la autoridad de control. Esta fórmula satisfaría asimismo con suficiencia los requerimientos derivados del RGPD y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, concretamente la contenida en la Sentencia Schrems, atendidos los fines que persigue. Esa solución debería valer, igualmente, para las autoridades autonómicas y para el Consejo General del Poder Judicial en su calidad de Autoridad de Control para el tratamiento de datos jurisdiccionales.

172.- En otro orden de cosas, al establecer el título competencial (Disposición final segunda del ALOPD), debería tenerse en cuenta la naturaleza procesal de la Disposición adicional objeto de examen, por lo que, junto con el que se contiene en el ordinal primero de artículo 149.1 CE, debe hacerse mención al recogido en el ordinal sexto del mismo artículo.



IX

173.- La Disposición final tercera ALOPD modifica el artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al que añade un tercer apartado con el siguiente tenor:

«3. Lo dispuesto en los anteriores apartados en materia de procedimiento será asimismo de aplicación cuando la Comisión Europea, la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos, en el ámbito de sus competencias, consideren precisa su intervención en un proceso que afecte a cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016».

174.- Al mismo tiempo, se modifica el primer apartado del mismo artículo, para sustituir la referencia a los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

175.- Tal y como se indica en la MAIN, se trata de regular la intervención de la Comisión Europea, la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos en su condición de *amicus curiae* en el proceso civil, en similares términos a lo ya previsto en materia de defensa de la competencia.

176.- Explica el prelegislador que, analizado el RGPD y la jurisprudencia del TJUE (en el asunto Schrems se trataba de un supuesto del ámbito contencioso-administrativo), se ha llegado a la conclusión de que la única modificación precisa es la relativa a permitir que las autoridades de control puedan participar en el proceso como *amicus curiae*. *«Dicha participación –concluye– tendrá lugar, de oficio o a instancia del propio órgano judicial, en los procesos en los que la pretensión afecte sustancialmente a la configuración del derecho fundamental a la protección de datos».*

177.- Debe tenerse presente que la figura del *amicus curiae* en los procesos sobre competencia en que se ventilen cuestiones relativas a los artículos 101 y 102 TFUE fue introducida por la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), con la finalidad, manifestada en su Exposición de Motivos, de



contemplar de forma expresa la participación de los órganos de competencia nacionales y de la Unión Europea en los procedimientos de aplicación de la normativa sobre competencia por parte de los tribunales nacionales, junto con otros mecanismos de información que permitan la adecuada cooperación de los órganos administrativos con los judiciales. A estos mecanismos de cooperación en la aplicación del derecho de la competencia, que se orientan en último término a garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho europeo de la competencia, aludía el Considerando (21) del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, de aplicación sobre las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado –hoy artículos 101 y 102 del TFUE-, cuyo artículo 15 contempla la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales soliciten a la Comisión Europea que les remita la información que obre en su poder o sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de los mencionados preceptos del TFUE.

178.- Se trata, por tanto, de una intervención distinta de la prevista en los artículos 13, 14 y 15 LEC, establecida en desarrollo del principio de cooperación que se deriva del artículo 4.3 TFUE, y más en concreto, del artículo 15 del Reglamento 1/2003 y del artículo 16 de la LDC, que se configura como un instrumento para la protección de la competencia en el mercado. A diferencia de la intervención procesal prevista en los artículos 13, 14 y 15 LEC, la intervención de los órganos de la competencia en este tipo de procesos se justifica por un interés institucional, ajeno, por tanto, al interés privado en el resultado del litigio, que busca la correcta aplicación del derecho de la competencia, y con ella, la garantía de la seguridad jurídica y la aplicación uniforme en los Estados de la Unión. Es, por tanto, una figura distinta de la del codayuvante o del litisconsorte, y, desde luego, distinta de las partes: es consustancial a la figura del *amicus curiae* su carácter neutral e imparcial, que persigue ilustrar al órgano jurisdiccional sobre la aplicación del derecho de la competencia; si bien, las observaciones del órgano de la competencia no son vinculantes para el tribunal.

179.- La extensión de la figura del *amicus curiae* a los procesos que afecten a cuestiones relativas a la aplicación del RGPD no se deriva directa y expresamente de este, ni tampoco de la jurisprudencia europea, concretamente de la Sentencia Schrems a la que alude el prelegislador en la MAIN. Su regulación, por tanto, no es un imperativo inmediato del Reglamento europeo ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino que se entiende desde el principio de cooperación leal entre las instituciones y autoridades de control y los órganos jurisdiccionales, desde el principio de seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, y a



partir de las competencias y funciones que corresponden a las instituciones y a las autoridades de control en materia de protección de datos personales.

180.- Desde esta perspectiva, la proyectada previsión ha de merecer un juicio favorable. Debe tenerse presente que la tutela del titular de los datos personales frente a la vulneración de sus derechos fundamentales se puede obtener, no solo en sede administrativa ante la autoridad de control, y después mediante la revisión jurisdiccional ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, sino también a través de la jurisdicción civil, a la que no son ajenas, por ende, no solo las pretensiones encaminadas a declarar la lesión y a restituir el derecho afectado, sino también las de contenido resarcitorio o indemnizatorio expresamente contempladas por el RGPD (cfr. artículo 82).

181.- Cabe hacer, sin embargo, las siguientes observaciones con relación a la disposición proyectada:

- a) En ella se contempla la intervención de la Comisión Europea, de la AEPD y de las autoridades autonómicas de protección de datos, en el ámbito de sus competencias, cuando estas "*consideren precisa su intervención*" en un proceso que afecte a cuestiones relativas a la aplicación del RGPD. Tal y como está prevista, pudiera entenderse que la intervención solo tiene lugar a instancias de la institución europea y de las autoridades de control, cuando la prevista en el ámbito de los procesos sobre derecho de la competencia tiene lugar tanto a iniciativa de las autoridades de la competencia como a instancia del órgano judicial. Debe mantenerse también aquí, con claridad, que la intervención podrá tener lugar también a instancia del tribunal, y normalmente así sucederá, pues será el órgano judicial el que pondrá en conocimiento de aquella institución y de las autoridades de control competentes la existencia del litigio para que, si así lo consideran, puedan intervenir en el proceso sin tener la condición de parte, y a los fines previstos en el apartado primero del artículo 15 bis de la LEC (cfr. artículo 404 LEC).
- b) En el plano subjetivo, la intervención se reserva a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de control. Cabría considerar, sin embargo, la conveniencia de extenderla también al Comité Europeo de Protección de Datos, habida cuenta de su personalidad jurídica, de su independencia y de las funciones que ostenta respecto de la aplicación del Reglamento (artículos 68.1, 69 y 70 RGPD).



- c) La intervención no comporta adquirir la posición de parte; por consiguiente, los intervinientes no podrán realizar actos procesales de parte, ni la resolución que recaiga en el proceso podrá contener pronunciamiento alguno que les afecte, tanto en cuanto al fondo como en materia de costas procesales. Ahora bien, parece necesario que se les notifiquen los sucesivos trámites procesales, siquiera sea con el objeto de poder desarrollar su intervención y aportar la información o presentar sus observaciones en el plazo previsto en el artículo 15 bis.2 LEC.
- d) En esta misma línea, parece también ineludible que se les notifique la sentencia y se les confiera traslado del escrito de interposición del recurso de apelación, de oposición al mismo e impugnación de la sentencia.
- e) Aun cuando los intervinientes no ostentan la condición de parte, sería conveniente prever algún mecanismo de reacción frente al rechazo de su intervención en el proceso.
- f) Sería conveniente asimismo que se clarificaran las consecuencias procesales de la omisión del trámite de comunicación a la Comisión y a las autoridades de control de la existencia del litigio a los efectos de su intervención en él, habida cuenta de que, puesto que esta atiende a un interés público, parece difícil anudar a dicha omisión una indefensión material para las partes determinante de la nulidad de actuaciones. No obstante lo cual, la presencia de dicho interés público aconsejaría establecer consecuencias anulatorias a la omisión de dicha comunicación, cuando esta no hubiera podido subsanarse, y facilitar la consecución de los fines de la intervención, antes del dictado de la sentencia o de la resolución del recurso de apelación.
- g) Es imprescindible que la intervención prevista en el apartado tercero del artículo 15 bis de la LEC venga acompañada de las pertinentes modificaciones de los artículos de esta, necesarias para que pueda desarrollarse. Debe tenerse en cuenta que cuando la Disposición adicional segunda de la LDC introdujo el artículo 15 bis, y con él la regulación de la intervención en los procesos de defensa de la competencia, llevó a cabo al mismo tiempo la modificación de los artículos 212, 404, 434, 461 y 465 de la LEC, entre otros. Por consiguiente, deberían modificarse, al menos, tales preceptos para dar cabida en ellos a la intervención en los procesos que afecten a



cuestiones relativas a la aplicación del RGPD, junto con todos aquellos cuya modificación fuere igualmente precisa a tales efectos.

- h) En línea con lo anterior, sería oportuno reflexionar acerca de la conveniencia de sujetar los procesos en que se ventilen cuestiones relativas a la aplicación del RGPD a los trámites del juicio ordinario, salvo en los casos en que se ejerciten exclusivamente reclamaciones meramente económicas –en cuyo caso la clase de procedimiento vendría determinada por la cuantía litigiosa-, como hace el ordinal cuarto del artículo 249.1 LEC respecto de las demandas en materia de defensa de la competencia. De ese modo, la intervención tendría lugar en el marco del procedimiento ordinario, que es el que más se adecúa a este tipo de actuación, tal y como se infiere de la mención que el artículo 15 bis, apartado segundo, de la LEC hace del artículo 433 de la ley procesal civil, que se refiere al acto del juicio en el procedimiento ordinario. Por lo general, las acciones civiles para la tutela del derecho a la protección de datos personales se ventilarán por los trámites del juicio ordinario, en la medida en que se encuentra afectado un derecho fundamental, y tienen cabida, por tanto, en el artículo 249.1-2º de la LEC. Pero es posible concebir procedimientos en los que la tutela del derecho a la protección de datos no constituya el objeto directo y principal del proceso, como pudiera ser el caso en el que se discuta acerca de la vigencia de ciertas normas corporativas vinculantes, de forma que no resulte clara, o sea discutible, la aplicación del artículo 249.1-2º de la LEC.

182.- Por último, la naturaleza procesal de esta Disposición final y del precepto que modifica debe tener reflejo en la determinación del título competencial establecido en la Disposición final segunda del ALOPJ, incluyendo el del artículo 149.1.6º CE.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El artículo 1.2 del anteproyecto, al disponer que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos de carácter personal, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo dispuesto en el RGPD, introduce confusión sobre la naturaleza del Reglamento que forma parte de un ordenamiento jurídico autónomo como es el de la Unión y respecto del cual la norma iusfundamental prevista en la Constitución nacional no puede desplegar efectos, ni interpretativos ni



como parámetro de validez. Por ello, a la vista del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del RGPD y dada su primacía sobre el Derecho interno, incluso el de rango constitucional, debería replantearse el modo de articulación que hasta ahora se venía estableciendo entre la ley orgánica de desarrollo directo del precepto constitucional sobre un derecho fundamental (en este caso el artículo 18.4 CE) y la ley ordinaria reguladora de su ejercicio conforme a los artículos 81.1. y 53.1 CE, respectivamente, y la jurisprudencia constitucional sobre la colaboración entre ambos tipos de leyes. No en vano el RGPD ha ocupado una parte importante y en algunos aspectos completa del espacio que la CE reservaba tanto a la una como a la otra. Consideramos, en consecuencia, que sería más correcto aludir a que el ALOPD establece las previsiones legales pertinentes para dar cumplimiento a los mandatos que, de acuerdo con el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, contiene el RGPD para la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales. La formulación del artículo 1.2 ALOPD es, por tanto, incorrecta y se sugiere eliminarla.

SEGUNDA.- Del RGPD, a partir de lo dispuesto en su Considerando (20) y en el artículo 55.3, se deduce no sólo la compatibilidad sino la expresa salvaguarda de las funciones que la LOPJ encomienda al CGPJ como autoridad de control en relación con los tratamientos de datos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional.

TERCERA.- Se advierte en el ALOPD una cierta falta de coherencia con la función y finalidad propia de una norma, como la proyectada, que ha de limitarse a adecuar y, en su caso –y con la configuración que ha hecho la jurisprudencia europea de esta función- de complementar el Reglamento europeo. En ocasiones, el articulado propuesto traspasa los límites de aquellas funciones para establecer disposiciones más allá de lo que habilita la norma europea. En otros casos, la norma es innecesaria y vacía de contenido, habida cuenta del efecto directo del Reglamento, que impide la traslación, sin más, y sin función de adecuación y de complemento del ordenamiento interno, de sus preceptos. En otros supuestos, es reiterativa, y en otras ocasiones no respeta debidamente la prelación normativa, derivada de la primacía de la norma del Derecho de la Unión y de la eficacia y aplicabilidad directa de los Reglamentos.

CUARTA.- Desde un punto de vista de técnica normativa es necesario que el segundo párrafo del artículo 2.3 ALOPD se numere separadamente como apartado 4. La redacción actual resulta confusa pues el conector «en particular» que relaciona el segundo párrafo con el primero da la idea de



aquel es una concreción de la regla establecida en éste, lo cual no es cierto, pues un párrafo y otro tienen objetos y disponen reglas distintas. El primero se refiere a los tratamientos no previstos en el RGPD pero incluidos en el ámbito del ALOPD y dispone en relación con ellos la supletoriedad del RGPD y el ALPD en defecto de legislación específica. El segundo, en cambio, tiene por objeto un tratamiento de datos, el efectuado por los tribunales, que entran dentro del ámbito de aplicación del RGPD y el ALOPD pero respecto del cual es de aplicación preferente la normativa específica contenida en la LOPJ.

QUINTA.- La regulación del bloqueo de datos contenida en el artículo 29 ALOPD se adecúa al RGPD en tanto que medida adecuada y proporcionada, al amparo del artículo 23 RGPD, para la satisfacción de una finalidad de obvia relevancia constitucional como es la referida en la letra d del artículo 23 RGPD, esto es, la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección de amenazas a la seguridad pública y su prevención, así como la finalidad expresada en la letra h del mismo precepto.

SEXTA.- El análisis del artículo 43 del ALOPD, integrado en el Título V del ALOPD, que versa sobre la transferencia internacional de datos, ha de ser efectuado a la luz del Considerando (108) y del artículo 46 del RGPD, de los que trae causa, en los que se establece un mecanismo de transferencia mediante garantía adecuada, en ausencia de decisión de adecuación, que precisa autorización de la autoridad de control y que viene configurado por la concurrencia de los siguientes elementos fácticos: a) Transferencia internacional de datos personales; b) realizada por una autoridad u organismo público; c) dirigida hacia un tercer país u organización internacional respecto al cual no se ha emitido una decisión de adecuación; d) con aportación de garantías adecuadas consistentes en disposiciones incorporadas a acuerdos administrativos entre autoridades u organismos públicos que no sean jurídicamente vinculantes y que reconozcan derechos efectivos y exigibles a los interesados.

Dicho precepto se ajusta al contenido de los parámetros establecidos en el RGPD, si bien convendría manifestar, por una parte, que la claridad del artículo podría resultar incrementada y, por ende, descartar cualquier incertidumbre en su exégesis, si se modificase su redacción en el sentido de reemplazar la expresión "siempre que los mismos incluyan derechos efectivos y exigibles para los afectados" por "que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados"; y, por otra, que no parece existir discrepancia entre la mención que en el RGPD se efectúa a "acuerdos



administrativos” y la que en el ALOPD se realiza a “acuerdos internacionales no normativos (...) en particular a memorandos de entendimiento”.

SÉPTIMA.- Se observa una discordancia entre el contenido del artículo 43 del ALOPD, que incluye como sujetos que llevarán a cabo la autorización previa a la AEPD o, en su caso, a las autoridades autonómicas de control de datos, y el encabezamiento, en el que únicamente se hace mención a la AEPD, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 44, en cuyo párrafo primero se reproduce la expresión utilizada en el precedente al referirse a la AEPD o, en su caso, a las autoridades autonómicas de control de datos, pero en el encabezamiento se refiere a supuestos sometidos a información previa a la autoridad de protección de datos competente.

OCTAVA.- El artículo 45.3 ALOPD contiene un mandato de colaboración a la AEPD y al CGPJ en el ejercicio de sus respectivas competencias en materia de protección de datos que se corresponde con lo previsto en los artículos 236 nonies.2 y 560.1.19 LOPJ.

NOVENA.- La previsión en el artículo 50 ALOPD de que entre los miembros del Consejo Consultivo de la AEPD se cuente con un representante designado por el CGPJ es coherente con la función que le corresponde a este órgano constitucional en materia de protección de datos.

DÉCIMA.- Sería conveniente, con todo, que el Consejo Consultivo apareciera en la Ley Orgánica proyectada no como un órgano de asesoramiento del Presidente de la autoridad de control sino como un órgano asesor en el marco de la cooperación y colaboración institucional. En tal sentido, cabe considerar que la regulación proyectada es incorrecta, en la medida en que pretende atribuir un efecto demasiado expansivo a la Agencia Española de Protección de Datos, al contemplar el órgano -Consejo Consultivo- como un órgano asesor al servicio del Director de la Agencia, relegando al Consejo General del Poder Judicial o al representante del mismo a un papel subordinado, y convirtiendo a un órgano que debería ser de cooperación interinstitucional en un órgano subordinado a un Director.

DECIMOPRIMERA.- Por otra parte, desde un punto de vista formal, cabe señalar que si el criterio de ordenación del listado de miembros del Consejo Consultivo responde a anteponer los representantes de órganos e instituciones del Estado a los de intereses sociales y profesionales, ordenando el primer grupo de acuerdo con las precedencias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico (Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto),



corresponde enumerar al representante del Consejo General del Poder Judicial con la letra c.

DECIMOSEGUNDA.- La previsión del artículo 54 ALOPD sobre el alcance de la actividad de investigación de la AEPD cuando se trate de órganos judiciales u Oficinas Judiciales es conforme a la atribución constitucional al CGPJ de la inspección de los tribunales y a la configuración del alcance de la competencia de la AEPD sobre los ficheros no jurisdiccionales derivada del artículo 236 nonies.2 LOPJ que responde a la idea de “competencia en colaboración”.

DECIMOTERCERA.- La medida de apercibimiento prevista en el artículo 77 ALOPD es compatible con el estatus de independencia propio de los órganos constitucionales dado que su configuración, a pesar de la denominación como sanción, derivada del artículo 58.2.b RGPD, no responde al concepto material de sanción al carecer del carácter punitivo o aflictivo y, en todo caso, de los efectos desfavorables propios del instituto sancionatorio.

DECIMOCUARTA.- La Disposición adicional quinta articula un novedoso mecanismo de autorización ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para declarar contraria a Derecho una decisión de adecuación de transferencia internacional de datos dictada por la Comisión Europea, previo el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia de la Unión, en garantía de la protección de las libertades y los derechos fundamentales afectados por la transferencia internacional de los datos personales.

Resultaría más adecuado que la Disposición adicional proyectada contemplara, en el correcto desarrollo y adaptación del RGPD y en cumplimiento de las exigencias impuestas desde la jurisprudencia europea, y más en particular por la Sentencia Schrems, la completa configuración de un procedimiento judicial desde el cual se va a entablar el diálogo prejudicial, a raíz de la solicitud de la decisión judicial formulada por la autoridad de control que conoce de la reclamación, y cuya resolución depende de la validez de la decisión de la Comisión.

Esta configuración legal debería contemplar i) la legitimación de la autoridad de control para formular la solicitud ante el órgano judicial, en demanda de una decisión acerca de la validez del acto de la institución europea, primero, y de la reclamación formulada con base en su contradicción del Derecho europeo, después; ii) la forma en que debe deducirse la solicitud y los efectos de la misma en el procedimiento seguido



ante la autoridad de control; iii) la condición de parte actora de la referida autoridad de control, y, en garantía del principio de contradicción, la intervención como parte en el procedimiento de todos los interesados, así como la intervención de la Comisión Europea cuya decisión de adecuación está en cuestión, especificando el tipo de intervención considerado y el objeto y finalidad de la misma en el procedimiento judicial; iv) el cauce normativo que ha de regir el procedimiento, con la necesaria remisión o reenvío a las normas de procedimiento aplicables, o con las precisas modificaciones o adaptaciones de las normas aplicables; v) la jurisdicción y el órgano competente, y las facultades del mismo en orden a dispensar la tutela cautelar que resulte precisa; vi) el resultado del juicio de validez de la decisión de la Comisión efectuado por el tribunal, de forma que si es positivo, lo exprese en su decisión y resuelva conforme al mismo, y si es negativo se articule la obligación del reenvío prejudicial de validez al Tribunal de Justicia; vii) la forma de la decisión del tribunal nacional, la eventual vía de impugnación de la misma, y las consecuencias de la decisión prejudicial en el procedimiento nacional.

DECIMOQUINTA.- Sería necesario, además, que las previsiones contenidas en la Disposición adicional quinta del ALOPD tuviesen su reflejo en la LOPJ, y que vengan acompañadas de la oportuna previsión en ella de la atribución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de esta específica competencia, para lo que podría aprovecharse el rango de la norma proyectada que es objeto de informe.

DECIMOSEXTA.- El mecanismo previsto en la Disposición adicional quinta, según el modelo propuesto, debería proyectarse, por lo demás, a los casos en los que son competentes las autoridades de control autonómicas, y también a los supuestos de competencia de este Consejo General del Poder Judicial, en su función de autoridad de control. En este sentido, sería preciso que la misma legitimación que se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos se confiera a las autoridades autonómicas de control y a este órgano constitucional como autoridad de control respecto de los ficheros y datos jurisdiccionales, para acudir al órgano jurisdiccional –Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respectivamente– conforme al modelo propuesto, y para que desde este, en su caso, se entable el diálogo prejudicial de validez. Y sería preciso asimismo introducir las modificaciones en la LOPJ y en la LJCA para establecer la correspondiente competencia y para regular el trámite procedimental, en análogos términos a los antes indicados.



DECIMOSÉPTIMA.- La alternativa a este modelo se encontraría en articular un mecanismo de remisión prejudicial directa desde la autoridad de control, en el marco del procedimiento en el que examina la reclamación formulada por el titular de los datos personales cuyo derecho se ha visto afectado por la transferencia internacional. Para ello sería preciso dotar a la autoridad de control – o a un órgano creado en su seno a ese fin- de una configuración tal que permita reconocer en ella de forma indubitada los rasgos que, conforme a la jurisprudencia europea, caracterizan el concepto autónomo de “órgano jurisdiccional” con arreglo al cual se confiere la legitimación para abrir el diálogo prejudicial; configuración que podría establecerse en la propia Ley Orgánica cuyo Anteproyecto es ahora objeto de informe. Esa solución debería valer, igualmente, para las autoridades autonómicas y para el Consejo General del Poder Judicial en su calidad de Autoridad de Control para el tratamiento de datos jurisdiccionales.

DECIMOCTAVA.- La extensión de la figura del *amicus curiae* a los procedimientos civiles en los que se ventilen cuestiones relativas al RGPD (Disposición final tercera ALOPD, que modifica el artículo 15 bis LEC), permitiendo la intervención en ellos de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de control, merece una favorable acogida. Cabe hacer, sin embargo, las siguientes observaciones con relación a la disposición proyectada:

- a) En ella se contempla la intervención de la Comisión Europea, de la AEPD y de las autoridades autonómicas de protección de datos, en el ámbito de sus competencias, cuando estas “*consideren precisa su intervención*” en un proceso que afecte a cuestiones relativas a la aplicación del RGPD. Debe establecerse con claridad, que la intervención podrá tener lugar también a instancia del tribunal.
- b) En el plano subjetivo, la intervención se reserva a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de control. Cabría considerar la conveniencia de extenderla también al Comité Europeo de Protección de Datos, habida cuenta de su personalidad jurídica, de su independencia y de las funciones que ostenta respecto de la aplicación del Reglamento (artículos 68.1, 69 y 70 RGPD).
- c) La intervención no comporta adquirir la posición de parte; por consiguiente, los intervinientes no podrán realizar actos procesales de parte, ni la resolución que recaiga en el proceso podrá contener pronunciamiento alguno que les afecte, tanto en cuanto al fondo como en materia de costas procesales. Ahora bien, parece necesario



que se les notifiquen los sucesivos trámites procesales, siquiera sea con el objeto de poder desarrollar su intervención y aportar la información o presentar sus observaciones en el plazo previsto en el artículo 15 bis.2 LEC.

- d) En esta misma línea, parece también ineludible que se les notifique la sentencia y se les confiera traslado del escrito de interposición del recurso de apelación, de oposición al mismo e impugnación de la sentencia.
- e) Aun cuando los intervinientes no ostentan la condición de parte, sería conveniente prever algún mecanismo de reacción frente al rechazo de su intervención en el proceso.
- f) Sería conveniente asimismo que se clarificaran las consecuencias procesales de la omisión del trámite de comunicación a la Comisión y a las autoridades de control la existencia del litigio a los efectos de su intervención en él. La presencia de un interés público aconsejaría establecer consecuencias anulatorias a la omisión de dicha comunicación, cuando esta no hubiera podido subsanarse, y facilitar la consecución de los fines de la intervención, antes del dictado de la sentencia o de la resolución del recurso de apelación.
- g) Es imprescindible que la intervención prevista en el apartado tercero del artículo 15 bis de la LEC venga acompañada de las pertinentes modificaciones de los artículos de esta, necesarias para que pueda desarrollarse. Deberían modificarse, al menos, los artículos 212, 404, 434, 461 y 465 de la LEC, para dar cabida en ellos a la intervención en los procesos que afecten a cuestiones relativas a la aplicación del RGPD, junto con todos aquellos preceptos cuya modificación fuere igualmente precisa a tales efectos.
- h) En línea con lo anterior, sería oportuno reflexionar acerca de la conveniencia de sujetar los procesos en que se ventilen cuestiones relativas a la aplicación del RGPD a los trámites del juicio ordinario, salvo en los casos en que se ejerciten exclusivamente reclamaciones meramente económicas –en cuyo caso la clase de procedimiento vendría determinada por la cuantía litigiosa-, como hace el ordinal cuarto del artículo 249.1 LEC respecto de las demandas en materia de defensa de la competencia.



DECIMONOVENA.- Al establecer el título competencial (Disposición final segunda del ALOPD), debería tenerse en cuenta la naturaleza procesal de la Disposición adicional quinta y de la Disposición final tercera, por lo que, junto con el que se contiene en el ordinal primero de artículo 149.1 CE, debe hacerse mención al recogido en el ordinal sexto del mismo artículo.

Es todo lo que tiene que informar este Consejo.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extendiendo y firmo la presente en Madrid a 26 de julio de 2017

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General