

*Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 30 de octubre del 2018, en relación con la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos*

*(Boletín Oficial del Estado, núm. 183, de 22 de febrero del 2018)*

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 30 de julio de 2018, D. (...), solicita del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 183 correspondiente al día 30 de julio de 2018.

**SEGUNDO.** La fundamentación de la solicitud de recurso es doble: por una parte, se alega la inexistencia del presupuesto de «extraordinaria y urgente necesidad» para la aprobación del Real Decreto-ley; y, por otra, que su contenido —en concreto lo dispuesto en sus artículos 8.1 y 11.2, así como en la disposición transitoria segunda— afecta a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, todo lo cual implica la infracción del artículo 86.1 de la misma y provoca la inconstitucionalidad del real decreto-ley.

**TERCERO.** Los preceptos del Real Decreto-ley antes mencionados que a juicio del solicitante del recurso afectan a los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución son del tenor literal siguiente:

Artículo 8. Forma de iniciación del procedimiento y duración.

1. Cuando el procedimiento se refiera exclusivamente a la falta de atención de una solicitud de ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, se iniciará por acuerdo de admisión a trámite, que se adoptará conforme a lo establecido en el artículo siguiente:

En este caso, el plazo para resolver el procedimiento será de seis meses a contar desde la fecha en que hubiera sido notificado al reclamante el acuerdo de admisión a trámite. Transcurrido ese plazo, el interesado podrá considerar estimada su reclamación

Artículo 11. Actuaciones previas de investigación.

2. Las actuaciones previas de investigación se someterán a lo dispuesto en el capítulo I y no podrán tener una duración superior a doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de admisión a trámite o de la fecha del acuerdo por

el que se decida su iniciación cuando la Agencia actúe por propia iniciativa o como consecuencia de la comunicación que le hubiera sido remitida por la autoridad de control de otro Estado miembro de la Unión Europea, conforme al artículo 8.3 de este Real Decreto-ley.

Disposición transitoria segunda. Contratos de encargado del tratamiento.

Los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, mantendrán su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022.

Durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** En la reciente Sentencia 61/2018 del Tribunal Constitucional se resume la doctrina relativa al régimen constitucional del real decreto-ley en los términos siguientes (FJ 4):

- a) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que contiene la Constitución no es, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes», razón por la cual, este Tribunal puede, «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5).
- b) El control de este Tribunal consiste en un control jurisdiccional *ex post*, y tiene por misión velar porque el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la norma, esto es, que aquél se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de «extraordinaria y urgente necesidad». Se trata, en definitiva, de un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 14 2/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, y las que allí se citan).
- c) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere el análisis de dos aspectos desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4). Como señalamos en la STC 332/2005, de

15 de diciembre (FJ 6), aunque ambos aspectos están íntimamente ligados, su examen por separado facilita desde un punto de vista metodológico el análisis de las consideraciones de las partes y, en última instancia, el control que le corresponde efectuar a este Tribunal.

- d) En cuanto a la definición de la situación de urgencia, la doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio real decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).
- e) En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia —conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el real decreto-ley se adoptan— nuestra doctrina «ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el real decreto-ley controvertido » (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 1/2012, de 13 de enero, FJ 11, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).
- f) Generalmente, se ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que se han calificado como «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8). Finalmente, también se debe advertir que el hecho de que se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley, lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 137/2011, FJ 6; reiterado en SSTC 183/2014, FJ 5; 47/2015, FJ 5, y 139/2016, FJ 3).

**SEGUNDO.** Conforme se ha reseñado en los antecedentes de esta resolución, el solicitante de recurso cuestiona la existencia de razones de «extraordinaria y urgente necesidad» que habiliten constitucionalmente al Gobierno para aprobar este real decreto-ley.

En concreto, el solicitante de recurso alude a que 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, dispuso su entrada en vigor y plena aplicabilidad a todos los Estados miembros a partir del día 25 de mayo de este año 2018. Se disponía por tanto de un plazo de poco más de dos años para que se adaptaran las respectivas normativas nacionales con carácter previo a la fecha de entrada en vigor del reglamento mencionado.

Sin embargo, alega el solicitante de recurso, no fue hasta el 10 de noviembre de 2017 cuando se aprobó el proyecto de ley orgánica que contenía las adaptaciones necesarias, proyecto éste que aún continúa en tramitación parlamentaria, lo que da lugar a que en el último momento se apruebe este real decreto-ley al no haber actuado con la diligencia precisa y pese a haber dispuesto de un plazo de dos años para hacerlo.

Con independencia de la valoración que pueda hacerse sobre la diligencia del Ejecutivo para elaborar y aprobar el anteproyecto de ley orgánica correspondiente y de las circunstancias parlamentarias que han dado lugar a que la tramitación del proyecto de ley no haya finalizado en el momento de entrada en vigor del reglamento, lo cierto es que a dicha fecha la imprescindible adaptación normativa no se había producido y es en base a este dato objetivo que justifica el Gobierno la existencia del presupuesto de extraordinaria urgencia y necesidad que exige el artículo 86.1 de la Constitución.

Así, en la exposición de motivos del real decreto-ley se alude a que «la plena aplicación del Reglamento General de Protección de Datos implica que hayan de considerarse desplazadas por él aquellas disposiciones de derecho interno que no resulten conformes con el régimen que el mismo establece». Entre estas disposiciones desplazadas el preámbulo menciona a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y su reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Asimismo, la exposición de motivos del real decreto-ley alude a que el reglamento europeo contiene hasta 56 remisiones a los ordenamientos nacionales para el desarrollo, obligatorio en unos casos y potestativo en otros, de sus preceptos, y se menciona también, entre otras varias cuestiones, la necesidad de completar la reglamentación europea en «cuestiones tan esenciales» como los plazos de prescripción de las infracciones que sancionan las conductas típicas previstas innovadoramente por el reglamento europeo al establecer un nuevo régimen sancionador.

Como también explica el preámbulo del real decreto-ley, «los aspectos que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal han de incorporarse a una ley orgánica», ley ésta, como se ha visto, actualmente en tramitación parlamentaria, poniendo también de manifiesto que «en

determinadas cuestiones que no son objeto de reserva de ley orgánica resulta imprescindible la adopción urgente de una norma con rango de ley que permita la adaptación del Derecho español al Reglamento General de Protección de Datos.»

Es a este fin al que sirve el real decreto-ley aquí examinado, adecuando nuestro ordenamiento al reglamento europeo en aspectos concretos que no admiten demora y que se detallan pormenorizadamente el apartado II de la exposición de motivos, lo que permite afirmar, a juicio de esta institución, que la urgencia y necesidad exigidas por el artículo 86.1 de la Constitución han sido correctamente apreciadas por el Ejecutivo y adecuadamente explicitadas en su exposición de motivos en términos perfectamente compatibles con la doctrina constitucional antes expuesta.

**TERCERO.** Como también se ha mencionado en los antecedentes, el solicitante de recurso cuestiona el contenido de determinados preceptos del real decreto-ley, que ya han sido transcritos, al considerar que los mismos afectan a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, lo que está proscrito en el artículo 86.1 de la misma.

Respecto de este límite —la afectación a derechos, deberes y libertades del Título I de la Constitución— el Tribunal Constitucional en su Sentencia 111/1983, FJ 8, tras rechazar la tesis restrictiva que entiende que la misma se circunscribe a las materias reservadas a ley orgánica, rechaza también la tesis expansiva de la limitación en los siguientes términos:

la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la C.E., se sustenta en una idea tan restrictiva del decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular, con mayor o menor incidencia, cualquier aspecto concerniente a las materias contenidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible *ad absurdum*, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su Sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico sexto).

En la misma sentencia y fundamento, tras exponer el Tribunal su posición entre ambas líneas interpretativas, las cuales rechaza por extremas, afirma que:

La cláusula restrictiva del artículo 86.1 C.E. («no podrán afectar...») debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución «del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (fundamento 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.

La simple lectura de los preceptos cuestionados revela sin mayor dificultad que su contenido en nada afecta al régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I de la Constitución ni es contrario al contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos. La fijación del plazo para resolver el procedimiento a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8.1 del decreto-ley, la limitación temporal de las actuaciones previas de investigación que se establece en el artículo 11 y la vigencia de los contratos de encargado de tratamiento de datos suscritos con anterioridad a determinada fecha, no son desde ningún punto de vista regulación general de cualquier derecho o libertad ni afectan al contenido esencial de ninguno de ellos y, en consecuencia, tales preceptos no vulneran el límite al que se viene haciendo referencia contenido en el artículo 86.1 de la Constitución.

### RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los artículos 8.1, 11.2 y disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.