

I

El proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la pequeña y la mediana empresa, y se crea y regula el Observatorio Estatal de la Morosidad Privada, sobre el que se solicita este informe ha sido presentado junto con su Memoria de impacto normativo, constituyendo uno de los principales objetivos que se persiguen la modificación del Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la Pequeña y Mediana Empresa y la regulación en su seno del Observatorio Estatal de la Morosidad Privada, para que el Consejo incluya a representantes de asociaciones especializadas en el ámbito de la morosidad, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional undécima de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre.

Consta en la memoria de impacto normativo tanto la referencia a los informes que han sido recabados, como la referencia al trámite de información y audiencia previa cumplimentado el 8 de enero de 2024, con un plazo de 15 días, siendo presentadas 17 alegaciones. Asimismo, en la memoria se registran impactos positivos de este proyecto normativo en la economía y en la competencia, así como la incorporación de nuevas cargas administrativas y la implicación de un gasto, con impacto nulo en igualdad de género y en cambio climático. Cabe también destacar que no se han considerado otras alternativas dado lo establecido en la disposición final sexta de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre: *“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, creará y regulará el Observatorio Estatal de la Morosidad Privada mediante real decreto, en el marco del Consejo Estatal de la PYME”*.

En cuanto al contenido, en síntesis, de la parte dispositiva de este proyecto normativo consta de un artículo único por el que se modifica el RD 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la Pequeña y Mediana Empresa, introduciendo un capítulo I sobre Disposiciones relativas al Consejo Estatal de la pequeña y mediana empresa, y un capítulo II sobre disposiciones relativas al Observatorio Estatal de la Morosidad Privada.

II

Entrando al análisis de su contenido desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal (en adelante DP) procede comenzar indicando que los DP constituyen la materia prima de la sociedad de la información, algunos autores los califican como el petróleo de la economía digital, de manera que difícilmente los servicios públicos y la sociedad del bienestar o las empresas podrán funcionar actualmente de una manera adecuada sin ellos.

Dado su reconocimiento como un derecho fundamental, estos DP (que son en realidad cualquier dato o información de una persona física identificada o identificable) no pueden utilizarse sin más, sino que deben respetarse unas reglas sobre su utilización, las cuales indican cuando y como pueden ser tratados.

En el ámbito internacional, las primeras iniciativas surgieron en el marco del Consejo de Europa, así la Resolución 1968 sentó las bases de unos principios que regulaban el tratamiento de la información de DP. A partir de entonces se ha ido sucediendo la producción de normas en los ámbitos internacional, europeo, nacional y autonómico. En este contexto las principales normas, a día de hoy son, en síntesis:

1. Reglamento general de protección de DP UE 2016/679 del Parlamento y del Consejo, 27 de abril de 2016.

2. Directiva 2016/680, relativa al tratamiento para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales.
3. LO 3/1018, de 5 de diciembre, de protección de DP y garantías de los derechos digitales, y que sustituye a la anterior LOPDCP de 1999, esta LO adapta al marco español el Reglamento europeo y desarrolla algunos de sus aspectos.

Las citadas normas establecen el marco normativo básico en materia de protección de datos que luego se podrá concretar en cada sector específico.

Sentado lo cual, resulta indispensable conocer el ámbito de aplicación de la normativa en materia de PD, estableciendo a este respecto el artículo 1.1 RGPD que el mismo tiene por objeto establecer las normas relativas a la PD de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal y las normas relativas a la libre circulación de tales datos de carácter personal. A continuación, el artículo 2.1 RGPD dispone que: *“El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de DP, así como al tratamiento no automatizado de DP contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”*. De modo que, los dos conceptos clave para conocer el alcance de esta normativa son el concepto de *persona física* y de *dato de carácter personal*. En cuanto al primero, hemos de señalar que las *personas físicas* son las únicas objeto de tutela por el RGPD, **quedando excluidas de su protección las personas jurídicas, una empresa, asociación, fundación o Administración Pública**. Asimismo, el RGPD no contempla los DP relativos a PF fallecidas, siendo la LO 3/18 la que trata esta cuestión. En cuanto al segundo, se entiende por *dato de carácter personal* ex artículo 4 RGPD: *«... toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona»*

Siendo así, podemos ya anticipar que la precisión de su ámbito de aplicación no es baladí en relación con el informe que nos ocupa, puesto que, como acabamos de ver, la normativa en materia de protección de DP no aplica a las personas jurídicas, por lo que, en la medida en que el objeto del Observatorio Estatal de la Morosidad Privada que se pretende crear y articular con esta norma dirige su actividad a las pequeñas y medianas empresas, y más en particular, tiene entre sus funciones la elaboración y publicación anual de un listado de empresas de acuerdo con lo establecido en la disposición final sexta de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre (artículo 10.e) del proyecto normativo objeto de este informe), su actuación no recaería dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos por afectar a personas jurídicas.

Es más, la habilitación legal prevista en la citada disposición adicional sexta contempla entre las funciones del Observatorio Estatal de la Morosidad privada las siguientes:

“a) Seguimiento de la evolución de los periodos medios de pago y la morosidad en las operaciones comerciales, en aplicación de la regulación europea y nacional.

b) Elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas comerciales, campañas de concienciación, formación e información, con el fin de contribuir a generar una cultura de pagos responsable.

c) Seguimiento y aplicación de las directrices de la Unión Europea en esta materia y, en su caso, de las del Observatorio Europeo de la Morosidad.

d) Publicación anual de un listado de empresas que hayan incumplido los plazos de pago conforme a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones

comerciales u otra normativa sectorial de aplicación, y en las que, como mínimo, concurren las siguientes circunstancias:

– Que a 31 de diciembre del año anterior el importe total de facturas impagadas dentro del plazo establecido por la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales o la normativa sectorial que sea de aplicación supere el importe de 600.000 euros;

– Que el porcentaje de facturas pagadas por la empresa durante el ejercicio anterior en un periodo inferior al máximo establecido en la normativa de morosidad sobre el total de pagos a proveedores sea inferior al noventa por ciento; y

– Que se trate de sociedades con personalidad jurídica que, de acuerdo con la normativa contable, no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

El listado incluirá la denominación social de la empresa, su número de identificación fiscal y las cantidades impagadas dentro de los plazos establecidos por la normativa de morosidad. Reglamentariamente se determinará la información adicional a incluir en su caso, el procedimiento de información y alegaciones para los afectados así como el medio y permanencia de la publicación del listado”.

Comoquiera que la propia habilitación legal por la que se ordena la creación y regulación del citado Observatorio delimita expresamente el alcance del listado de empresas a las sociedades que tengan personalidad jurídica, se confirma la exclusión del citado listado de todo empresario particular, y con ello, la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa en materia de protección

de datos al estar expresamente excluido de su alcance el tratamiento de datos personales de personas físicas.

III

La anterior observación debe entenderse en consonancia con la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 76/2019, de 22 de mayo, que contiene la doctrina relevante sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, y aborda tanto las características como el contenido que ha de tener la normativa que pretenda establecer una injerencia en ese derecho fundamental.

*(...) Por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). (...) Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, **esa norma legal** «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «**ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención**» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «**no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites**» (STC 292/2000, FJ 15).*

Y ello porque, en el ámbito de las categorías especiales de datos personales, (...) *el Reglamento general de protección de datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales, ni en el ámbito de los Estados*

*miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca **«medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado»** [artículo 9.2.g) RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.*

En consecuencia, y tal y como exige el Tribunal Constitucional, la norma que establezca unas determinadas injerencias en el derecho fundamental a la protección de datos personales de los interesados de categorías sensibles requiere que dicha norma, en primer lugar, sea una norma con rango de ley, y que, además:

a) especifique el interés público esencial o la causa que justifica el levantamiento de la prohibición de tratamiento que fundamenta la restricción del derecho fundamental (FJ 7 de la STC 76/2019). La ley habrá de explicitar de manera expresa cuál es la causa de entre las previstas en el art. 9.2 RGPD que fundamenta la injerencia al derecho fundamental a la protección de datos personales y ello, el Tribunal Constitucional, con cita de su STC 292/2000,

rechaza que dicha identificación de los fines legítimos de la restricción pueda realizarse mediante conceptos genéricos o fórmulas vagas.

b) en segundo lugar, dicha ley habrá de regular pormenorizadamente las injerencias al derecho fundamental estableciendo reglas claras sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza. Es decir, habrá de establecer cuáles son los presupuestos y las condiciones del tratamiento de datos personales relativos a las categorías especiales de datos personales que pueden incluirse en dichos registros mediante reglas claras y precisas (STC 76/2019, FJ 7 b)

c) Y, por último, la propia ley habrá de contener las garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales que autoriza. El TC ha sido claro en cuanto a que:

*[l]a previsión de las garantías adecuadas **no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal** del tratamiento de datos personales de que se trate. **Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento**, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del artículo 53.1 CE (...). Es evidente que, si la norma incluyera una remisión para la integración de la ley con las garantías adecuadas establecidas en normas de rango inferior a la ley, sería considerada como una deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex artículo 53.1 CE, y, por este solo motivo, debería ser declarada inconstitucional y nula. (...)*

Tampoco sirve que para el establecimiento de dichas garantías adecuadas y específicas se pretenda remitirse al propio RGPD o a la LOPDGDD.

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter

personal que le conciernan, y el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C 311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 *Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C 311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).*

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice: ***Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el***

alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos.

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada].

Por lo expuesto, proceder advertir la necesidad de que las actuaciones de dicho Observatorio Estatal de la Morosidad Privada así como el alcance del citado listado de empresas morosas **restringan en todo momento su ámbito de actuación exclusivamente a sociedades con personalidad jurídica, sin incluir en modo alguno a empresarios particulares a título individual dado que, si así se hiciera, se rebasaría el ámbito de aplicación para el que la**

ley ha autorizado la creación del citado Observatorio mediante Real Decreto, así como el límite de exclusión del ámbito de aplicación de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, con el resultado de que dicha normativa sería inmediatamente aplicable; lo que, inevitablemente, generaría numerosos condicionantes dirigidos a garantizar la adopción de las medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos e intereses fundamentales de los interesados. Siendo el primer y más importante de todos ellos **la necesidad de respetar la reserva de ley regulada en el artículo 53.1 CE cuando se trata de aprobar una norma susceptible de afectar al contenido esencial de un derecho fundamental, como lo es el relativo a la protección de datos de carácter personal.** Así, si el citado listado llegara a incluir referencias a alguna empresa particular no constituida como persona jurídica dicha actuación vulneraría la normativa en materia de protección de datos al no existir habilitación legal para dicho tratamiento.