

N/REF: 0025/2023

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión, solicitado con carácter urgente de esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en relación con el artículo 57.1, letra c), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, cumples informarle lo siguiente:

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

Tal y como se señala en su Exposición de Motivos, el Anteproyecto persigue el objetivo de avanzar en la consecución del ejercicio real y efectivo del principio constitucional de igualdad, de acuerdo con el mandato que dirige a los poderes públicos el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna, para lo que introduce sustanciales modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico a fin de ahondar en esa realización efectiva de la igualdad de hombres y mujeres en diversos ámbitos, y esencialmente en los ámbitos decisorios de la vida política y económica.

Asimismo, procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

La Memoria de análisis de impacto normativo recoge en su apartado 6.8 el impacto en materia de protección de datos, señalando que “Conforme al

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, el impacto de la norma será nulo en este ámbito.

I

En lo que a la materia de protección de datos personales respecta, la norma a la que debe ajustarse el Anteproyecto de Ley sometido a consulta es 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), plenamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Desde esta perspectiva, interesa destacar las modificaciones que se introducen por su artículo cuarto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, comenzando por la contenida en el nuevo artículo 529 undecies en su apartado 8, referida a la obligación de informar a las personas candidatas, en los siguientes términos:

8. Las sociedades cotizadas estarán obligadas a informar a toda persona candidata que así lo solicite, y siempre que su candidatura se haya examinado en el proceso de selección a miembros del consejo de administración previsto en el apartado anterior, de lo siguiente:

- a) Los criterios de capacitación en que se basó la elección.*
- b) La apreciación comparativa de las personas candidatas que se ha realizado, con arreglo a los criterios anteriores.*
- c) En su caso, los motivos que llevaron a elegir a una persona candidata que no fuese del sexo menos representado.*

El citado precepto procede a la trasposición del artículo 6.3 de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

De este modo, teniendo en cuenta que la valoración de los criterios de capacitación, así como los motivos que han determinado la elección de la persona candidata, en cuanto información que se refiere a una persona física identificada, tienen el carácter de dato personal (artículo 4.1. del RGPD y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de

2017, Asunto C-434/16, Caso *Peter Nowak contra Data Protection Commissioner*), el mismo deberá realizarse de conformidad con las previsiones del RGPD y la LOPDGDD. En este sentido, el Considerando 43 de la Directiva señala que *“La obligación de información podría suponer una limitación del derecho al respeto de la vida privada y del derecho a la protección de los datos de carácter personal, que están reconocidos, respectivamente, en los artículos 7 y 8 de la Carta. Sin embargo, tales limitaciones son necesarias y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, responden efectivamente a objetivos de interés general reconocidos. Por lo tanto, se ajustan a los requisitos aplicables a tales limitaciones establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia. Dichas limitaciones deben aplicarse en cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo”*.

De este modo, el tratamiento queda legitimado al tratarse del cumplimiento de una obligación legal, conforme al artículo 6.1.c) del RGPD, viniendo impuesta dicha obligación en una norma con rango de ley (artículo 8.1. de la LOPDGDD), y deberá ajustarse a los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD, destacando los referidos a la limitación de la finalidad, minimización de datos y exactitud de los datos. Asimismo, deberá tenerse en cuenta la prohibición del tratamiento de las categorías especiales de datos personales, que solo puede levantarse si concurre alguna de las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 9 del RGPD.

Por todo ello, y sin perjuicio de la aplicación directa de dicha normativa, sería conveniente incluir una referencia expresa a la observancia de la normativa de protección de datos de carácter personal en el citado artículo.

II

Asimismo, debe hacerse referencia a la regulación introducida en el nuevo artículo 542 sobre el informe anual sobre representación paritaria en el consejo de administración:

«Artículo 542. Informe anual sobre representación paritaria en el consejo de administración.

1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente en su página web un informe sobre la representación de sexo menos representado en el consejo de administración de la sociedad, que deberá ser fácilmente accesible.

Dicho informe deberá ser remitido, a su vez, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esta publicará, con periodicidad anual, un listado actualizado de las sociedades cotizadas que hayan alcanzado los objetivos establecidos en el artículo 529 ter, apartado 1.

2. El informe debe distinguir entre miembros del consejo de administración ejecutivos y no ejecutivos, y recopilar las medidas que se hubiesen adoptado para alcanzar los objetivos del artículo 529 ter apartado 1. Igualmente, en caso de que no se hubiesen alcanzado dichos objetivos por parte de la sociedad en materia de igualdad de género, se incluirán también los motivos a los que responde dicho incumplimiento, y una descripción exhaustiva de las posibles medidas que se hayan adoptado o se tenga previsto adoptar para cumplir con los mismos.

3. El informe anual sobre igualdad de género en los consejos de administración se difundirá como otra información relevante por la sociedad de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo y al informe anual sobre remuneraciones de los consejeros y consejeras, y se mantendrá accesible en la página web de la sociedad y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de forma gratuita durante un periodo mínimo de 10 años.

4. El informe sobre igualdad de género en el consejo de administración no incluirá, por lo que respecta a cada administrador, categorías especiales de datos personales en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento (UE) n.º 2016/679, ni datos personales relativos a su situación familiar.»

Este precepto procede a la transposición del artículo 7 de la citada Directiva (UE) 2022/2381:

Artículo 7

Presentación de informes

1. Los Estados miembros exigirán a las sociedades cotizadas que faciliten anualmente información a las autoridades competentes sobre la representación de género en sus consejos de administración, distinguiendo entre administradores ejecutivos y no ejecutivos, y sobre las medidas adoptadas con vistas a la consecución de los objetivos aplicables establecidos en el artículo 5, apartado 1, y, en su caso, los objetivos fijados de conformidad con el artículo 5, apartado 2. Los Estados miembros exigirán a las sociedades cotizadas que publiquen esa información en su sitio web de forma adecuada y fácilmente accesible. Sobre la base de la información facilitada, los Estados miembros publicarán y actualizarán periódicamente, de forma fácilmente accesible y centralizada, una lista de las sociedades cotizadas que hayan alcanzado uno de los objetivos establecidos en el artículo 5, apartado 1.

2. Cuando una sociedad cotizada no haya alcanzado uno de los objetivos establecidos en el artículo 5, apartado 1, o, en su caso, los objetivos fijados de conformidad con el artículo 5, apartado 2, la

información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo incluirá los motivos por los que no se alcanzaron los objetivos y una descripción exhaustiva de las medidas que la sociedad cotizada ya haya tomado o tenga intención de tomar para alcanzarlos.

3. *Cuando proceda, la información a que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo se incluirá también en la declaración sobre gobernanza empresarial de la sociedad, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Directiva 2013/34/UE.*

4. *Las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del presente artículo no se aplicarán en un Estado miembro que haya suspendido la aplicación del artículo 6 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 cuando el Derecho nacional establezca obligaciones de presentación de informes que garanticen la publicación periódica de información relativa a los avances realizados por las sociedades cotizadas hacia una representación más equilibrada de mujeres y hombres en sus consejos de administración.*

De este modo, nos encontramos de nuevo ante un tratamiento de datos de carácter personal, que incluye su publicación en el sitio web de las sociedades cotizadas, atendiendo, de nuevo, al cumplimiento de una obligación legal, destacando de dicha regulación el establecimiento de garantías específicas en su apartado 4, de modo que “El informe sobre igualdad de género en el consejo de administración no incluirá, por lo que respecta a cada administrador, categorías especiales de datos personales en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento (UE) n.º 2016/679, ni datos personales relativos a su situación familiar”.

Se trata de la misma garantía recogida en el artículo 541.6 respecto del informe sobre remuneraciones, sobre la que nos pronunciamos en el informe 114/2019, referente al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:

En cuanto a las novedades introducida por la Directiva respecto a la remuneración de los administradores, el Anteproyecto da nueva redacción al artículo 541 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital señalando en su apartado 2, respecto al informe sobre remuneraciones de los consejeros que las sociedades anónimas cotizadas deben elaborar y publicar anualmente, que “Los datos personales de los administradores se incluirán en el informe sobre remuneraciones con el fin de aumentar la transparencia de las sociedades en lo que respecta a la remuneración de los

administradores, con miras a reforzar la rendición de cuentas de estos y la supervisión de los accionistas sobre dicha remuneración; y su tratamiento se ajustará plenamente a lo establecido por la normativa de protección de datos de carácter personal y no podrán utilizarse para finalidades distintas de las establecidas este artículo”.

Dicho precepto da cumplimiento a lo previsto en el nuevo artículo 9 ter que introduce la Directiva, cuyo apartado tercero señala que “Las sociedades tratarán los datos personales de los administradores incluidos en el informe sobre remuneraciones con arreglo al presente artículo con el fin de aumentar la transparencia de las sociedades en lo que respecta a la remuneración de los administradores, con miras a reforzar la rendición de cuentas de estos y la supervisión de los accionistas sobre dicha remuneración”.

Por lo tanto, la introducción de dicha medida en una norma con rango de ley, dirigida a garantizar la transparencia de las sociedades, y que, como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “el derecho de los accionistas a pronunciarse sobre las remuneraciones de los administradores (say on pay) ha sido una de las novedades más importantes en el gobierno corporativo a nivel internacional de los últimos años”, debe reputarse conforme al principio de proporcionalidad. Asimismo, y aunque la Directiva prevé que el Derecho de los Estados miembros pueda disponer tratamiento de los datos personales de los administradores para otros fines, el texto remitido señala expresamente que los datos personales de los administradores “no podrán utilizarse para finalidades distintas de las establecidas en este artículo”, lo que igualmente merece una valoración positiva por parte de esta Agencia.

No obstante, la Directiva contempla dos previsiones para garantizar la adecuada aplicación del RGPD y que deben incorporarse igualmente al texto del artículo 541:

En primer lugar, debe garantizarse que “las sociedades no incluyan en el informe sobre remuneraciones, por lo que respecta a cada administrador, categorías especiales de datos personales en el sentido del artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, ni datos personales relativos a su situación familiar”, de modo que deberá evitarse que dicho informe se realice con un desglose tal que permita la comunicación de tales datos de carácter personal. En este sentido, el Considerando 36 de la Directiva señala que “Con el fin de facilitar una descripción global completa de la remuneración de los administradores, el informe sobre remuneraciones debe revelar asimismo, en su caso, el importe de la remuneración concedida sobre la base de la situación familiar de cada administrador. Por tanto, el informe sobre remuneraciones debe recoger

también, en su caso, componentes de la remuneración como los subsidios familiares o por hijos. Sin embargo, dado que los datos personales relativos a la situación familiar de cada administrador o las categorías especiales de datos personales en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo son de carácter especialmente sensible y requieren una protección específica, el informe solo debe revelar el importe de la remuneración y no el motivo por el que se haya otorgado”.

En segundo lugar, deberá establecerse un plazo máximo a partir del cual las sociedades dejen de dar acceso público a los datos personales de administradores incluidos en dicho informe y que siempre que no se justifique adecuadamente, no deberá exceder del plazo de 10 años a partir de la publicación del informe sobre remuneraciones previsto en la Directiva.

Consecuentemente, esta Agencia valora positivamente la inclusión de dicha garantía.