

La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, El Real Decreto 1332/1994, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, y la potestad reglamentaria: algunos problemas de constitucionalidad y legalidad

PEDRO GRIMALT SEVERA

Becario de la Comunidad Autónoma de la Universidad de las Islas Baleares en el Centro de Estudios de Derecho e Informática de Baleares

I.- LA DISPOSICION FINAL SEGUNDA DE LA LEY ORGANICA 5/1992, DE 29 DE OCTUBRE, DE REGULACION DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARACTER PERSONAL (LORTAD), Y LA RESERVA DE LEY ORGANICA.

1.- La disposición final segunda de la LORTAD: el tratamiento no automatizado de datos personales¹.

- 1 Por tratamiento no automatizado de datos entendemos las "operaciones y procedimientos [de carácter no automatizado] (...) que permitan la recogida, grabación, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" (art. 3.c LORTAD).

Por datos personales entendemos "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" (art. 3.a LORTAD).

La disposición final segunda de la LORTAD dispone:

“El Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Datos, podrá extender la aplicación de la presente ley, con las modificaciones y adaptaciones que fuesen necesarias, a los ficheros que contengan datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado”².

Se observa en esta disposición una doble remisión a la potestad reglamentaria del Gobierno: por una parte, la de decidir la aplicación del régimen jurídico previsto en la LORTAD a los ficheros no automatizados³; y, por otra parte, en el caso de que extendiera la aplicación de la LORTAD, la de efectuar *las modificaciones y adaptaciones que fueran necesarias*.

2.- Existencia de reserva de ley orgánica respecto del tratamiento no automatizado de datos personales.

La Constitución de 1978 reserva la regulación de determinadas materias a ley orgánica; concretamente, el art. 81.1 dispone que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

Respecto al ámbito material de esta reserva, el Tribunal Constitucional ha advertido que “si es cierto que existen materias reservadas a ley orgánica (artículo 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias”; o sea, que el legislador orgánico no puede regular aquello que no está reservado a la ley orgánica⁴.

Ello no es óbice para que el Tribunal Constitucional admita que el legislador orgánico, por razones sistemáticas o de conexión temática, regule aspec-

■ 2 El Gobierno ha hecho ejercicio, parcialmente, de la potestad que le confiere la disposición final segunda al extender la aplicación de la LORTAD a aquellos aspectos de los ficheros no automatizados que deben ser regulados, en aras a la protección de los datos personales en ellos contenidos, por exigencias de los Acuerdos de Schengen (el Instrumento de ratificación fue publicado en el BOE el día 5 de abril de 1994). Tal extensión la dispone el art. 2.2 RD 1332/1994, de 20 de junio.

La Propuesta Modificada de Directiva 92/C 311/04, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [COM (92) 422 FINAL-SYN 287] (DOCE de 27 de noviembre de 1992), establece una protección en favor de los titulares de los datos objeto de tratamiento, ya sea automatizado, ya no lo sea (art. 3.1 de la Propuesta).

■ 3 Debemos hacer una observación previa, respecto a la naturaleza de la posible extensión: la extensión no tendría el carácter de acto administrativo, sino de reglamento. La extensión innovaría el Ordenamiento jurídico, no es un supuesto de aplicación del Ordenamiento a un supuesto concreto. Véase GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, sexta edición, Madrid, 1993, págs. 173 y ss.

■ 4 Véanse las sentencias 5/1981, de 13 de febrero, 137/1986, de 6 de noviembre y 127/1994, de 5 de mayo.

tos relativos a materias no reservadas; ahora bien, dicha regulación no estará afecta al rango de ley orgánica (es decir, no se producirá congelación del rango) y podrá modificarse o derogarse mediante ley ordinaria⁵. Así ocurrirá con algunos preceptos de la LORTAD que, de acuerdo con la disposición final tercera de la misma, tienen el carácter de ley ordinaria.

Respecto a la materia reservada a ley orgánica que aquí nos interesa -el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas-, el Tribunal Constitucional circunscribe esta reserva genérica a los derechos que se consagran en los artículos 15 a 29 de la Constitución⁶.

En cuanto a lo que debe entenderse por desarrollo, el Tribunal Constitucional expone que "la reserva de Ley Orgánica ha de ser interpretada restrictivamente (...) respecto a las normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales", lo que nos lleva, en palabras del Tribunal Constitucional, a "reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límite" (sentencias 101/1991, de 13 de mayo, y 142/1993, de 22 de abril).

En este trabajo nos interesan los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), al honor (art. 18.1 CE) y a la información (art. 20.1.d CE)⁷, puesto que la regula-

■ 5 Véanse las sentencias 5/1981, de 13 de febrero y 127/1994, de 5 de mayo.

■ 6 Véanse las sentencias 160/1987, de 27 de octubre y 142/1993, de 22 de abril.

■ 7 También podríamos referirnos al derecho a la autodeterminación informativa que es configurado, por un sector de la doctrina, como un derecho fundamental autónomo, con un ámbito de protección diferenciado del resto de derechos fundamentales. Con este derecho se hace referencia al conjunto de garantías que permiten a las personas físicas el control del conocimiento de sus datos personales y del uso que pudiera hacerse de los mismos (en este sentido, PEREZ LUÑO, en varios autores, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, 1989, pág. 140; MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990, págs. 115 y ss; véase, también, el recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la LORTAD presentado por varios diputados del Grupo Parlamentario Popular); estas garantías permitirían al titular de este derecho negarse a dar a conocer determinados datos, conocer la existencia de ficheros con datos sobre su persona, el acceso a esos ficheros, exigir la rectificación o cancelación de los datos en determinadas circunstancias, etc... (véase la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio; MURILLO DE LA CUEVA, op. cit., págs. 185-188). Este conjunto de garantías habrían sido reguladas en la LORTAD para el tratamiento automatizado de datos personales.

Los autores que configuran este derecho a la autodeterminación informativa como un derecho autónomo entienden que el mencionado derecho implica una serie de garantías para la protección del conjunto de libertades frente a los peligros que se derivan del uso de las nuevas tecnologías, principalmente de la informática (véase a PEREZ LUÑO, op. cit., págs. 155-161; MURILLO DE LA CUEVA, op. cit., págs. 115-124; por otra parte, los diputados del Grupo Parlamentario Popular, firmantes del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LORTAD, que fundamentan únicamente en la violación del art. 18.4 CE (en relación a los arts. 105.b CE y 10 CE o 16 CE, según el precepto de la LORTAD impugnado), afirman que se está consagrando "un nuevo derecho fundamental: el derecho a la autodeterminación informativa", y si bien, al delimitar la naturaleza y contenido del derecho a la protección de la intimidad personal, dicen que "la intimidad se manifiesta así como un derecho o facultad de autodeterminación informativa", parece que distinguen entre un derecho a la intimidad genérico (del art. 18.1 CE) y un derecho "a la protección de la intimidad frente al procesamiento informático de los datos referentes a (...) [la] vida privada" (del art. 18.4 CE), configurando dos derechos distintos). Estos autores fundamentan este derecho en el art. 18.4 CE, que dispone que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

ción del tratamiento no automatizado de datos personales afecta de forma plena y directa a estos tres derechos fundamentales; ello nos lleva a considerar que la materia de la disposición final segunda de la LORTAD es subsumible en el concepto de “desarrollo de los derechos fundamentales” del art. 81.1 CE, por lo que la materia a la que nos referimos estaría sujeta a reserva de ley orgánica.

En efecto, consideramos que el tratamiento no automatizado de datos personales incide directamente en el derecho a la intimidad al posibilitar el

Algunos autores vinculan el derecho a la autodeterminación informativa al uso de la informática, hasta tal punto que el citado derecho también es llamado *libertad informática* (PEREZ LUÑO, op. cit., págs. 141 y 155 y ss.; con matizaciones, VELAZQUEZ BAUTISTA, *Protección jurídica de datos personales*, Madrid, 1993, pág. 68; también los diputados del Grupo Parlamentario Popular, firmantes del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LORTAD, lo denominan *libertad informática*); esta vinculación al uso de la informática y la fundamentación de la existencia de este derecho en el art. 18.4 CE, que sólo se refiere a la informática, hacen dudar que este derecho sea invocable en el tratamiento no automatizado de datos personales.

El Tribunal Constitucional, por su parte, afirma que “estamos [refiriéndose a la libertad informática, que deduce del art. 18.4] ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también *de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental*, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»” (sentencia 254/1993, de 20 de julio). Sin embargo, en la misma sentencia afirma que “...la garantía a la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática» es, así, también, derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”.

El Tribunal Constitucional parece que también vincula el derecho de las personas físicas a controlar el conocimiento de sus datos personales y el uso que pudiera hacerse de los mismos a que dichos datos sean tratados mediante la informática, además de fundamentar ese derecho en el art. 18.4 CE, por lo que el tratamiento no automatizado de datos personales parece estar excluido del ámbito de aplicación de este derecho (sin embargo, véase la sentencia del Tribunal Constitucional 143/1994, de 9 de mayo, y el fundamento jurídico 7º, párrafos 4º-7º [así como

los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado, que se reflejan en los Antecedentes de la sentencia], de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio; pero también véase GONZALEZ MURUA, *Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales*,

Revista vasca de Administración Pública, septiembre-diciembre 1993, nº 37, págs 264 y ss, en torno a la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 254/1993, de 20 de julio).

Sin embargo, cabe decir que esta idea de la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa no es pacífica: el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el recurso de inconstitucionalidad que presentó contra la LORTAD, afirmó que “el artículo 18.4 de la Constitución no establece, en puridad, un derecho fundamental, sino que por la vía de la limitación de una actividad, la informática, configura una garantía específica del derecho expresado en el artículo 18.1, pero también, de forma genérica, del conjunto de derechos de la persona”; el Defensor del Pueblo, en el recurso de inconstitucionalidad por él presentado contra algunos preceptos de la LORTAD, parece participar de la misma idea del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña al fundamentar su recurso en la vulneración del “artículo 18.4 en relación con el 18.1 de la Constitución al no respetar el contenido esencial del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar...” (también, en relación al art. 19.1 LORTAD entiende vulnerada la institución de la reserva de ley). Ahora bien, el conjunto de garantías que implica el derecho a la autodeterminación informativa es vinculado al art. 18.4 CE, aunque no sea tratado como un derecho fundamental autónomo, con lo que persiste la duda sobre la posible invocación de este conjunto de facultades en el tratamiento no automatizado de datos personales.

Una exposición más completa del panorama doctrinal actual, en relación a la configuración del denominado derecho a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, la encontramos en ORTI VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, 1994, págs. 39-69.

almacenamiento de los llamados datos sensibles⁸ que *per se* pertenecen a la esfera protegida por el derecho a la intimidad; también se ve afectado el derecho a la intimidad por el tratamiento no automatizado de datos personales porque posibilita el conocimiento de datos que pertenecen a la esfera protegida por el derecho a la intimidad, mediante el cruce coherente de datos personales intrascentes de una o de varias personas⁹, es decir, del cruce de datos que aisladamente considerados no pertenecen a la esfera protegida por el derecho a la intimidad¹⁰.

También nos parece evidente la afectación al derecho al honor, porque el cruce coherente de datos personales puede dar resultados alejados de la realidad del individuo, lo que puede crear una situación de desmerecimiento del individuo, cuyos datos han sido objeto de tratamiento no automatizado, en relación a los demás, afectando a su reputación (buen nombre, fama, etc...) o a su propia estima personal; a los mismos efectos puede llegarse con el mantenimiento en un fichero de determinadas informaciones de un individuo cuando éstas no se adecúan a la realidad.

Por otra parte, la regulación de los tratamientos no automatizados de datos personales, en la medida en que sean objeto de limitación, puede afectar al derecho fundamental a la libertad de información: por una parte, puede

- 8 Se entiende por datos sensibles, aquellos datos referidos a las creencias políticas, religiosas, actividades sexuales, etc... (en este sentido, p. ej., VELAZQUEZ BAUTISTA, op. cit., pág. 27).

DAVARA RODRIGUEZ, *Derecho Informático*, Pamplona, 1993, págs. 52 y ss, establece una particular clasificación de los datos, y denomina a los datos sensibles, datos secretos, distinguiendo entre los profundos y los reservados (los profundos serían aquellos datos que "bajo ningún concepto (...) [estaría] obligado el titular darlos a conocer a terceros, si no es así su voluntad").

El art. 7 de la LORTAD configura un régimen especial de protección en favor de los datos relativos a la "ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual", a los que la LORTAD denomina *datos especialmente protegidos*; también tienen la consideración de *datos especialmente protegidos*, a tenor del art. 7.3 LORTAD, los relativos a la salud, aunque el grado de protección que ofrece la LORTAD, a tenor del art. 7.4 LORTAD, a dichos datos es menor que la que ofrece al resto de datos que configuran esa categoría de *datos especialmente protegidos*.

El art. 8 de la citada Propuesta Modificada de Directiva (véase la nota a pie de página nº 2) configura un régimen especial de protección en favor de los datos de *categoría especial*; *categoría especial* configurada por los datos relativos al origen racial o étnico, a las opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales, a la afiliación sindical, así como a las relativas a la salud y a la vida sexual.

- 9 P. ej., mediante el cruce de datos podríamos conocer el perfil psicológico del individuo.
- 10 A través de la protección frente al cruce coherente de datos lo que se protege es la intimidad y no el llamado *ámbito de la privacidad*, como parece que pudiera deducirse, en relación al tratamiento automatizado de datos personales, de la exposición de motivos de la LORTAD, al afirmarse que "la privacidad constituye un conjunto más amplio [en relación a la intimidad] (...) de facetas de (...) [la] personalidad [del individuo] que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado" (en el mismo sentido que la exposición de motivos se manifiesta DAVARA RODRIGUEZ, op. cit., pág. 56). Se protege la intimidad porque lo que se pretende evitar es que, a partir de datos que "carecen de significación intrínseca" (datos que configuran ese *ámbito de la privacidad*), puedan obtenerse datos que pertenecen al ámbito de la intimidad; de aquí que interese la protección *frente al cruce* de estos datos intrascentes y no la protección *frente al conocimiento* de estos datos intrascentes (en el mismo sentido, ORTI VALLEJO, op. cit., págs. 51-53).

implicar una limitación al derecho a la libre comunicación o recepción de información por cualquier medio de difusión (p. ej., si se restringe la cesión de los datos almacenados); por otra parte, puede implicar la restricción del derecho a la investigación de hechos¹¹ (p. ej., si se impide el cruce de ficheros, el almacenamiento de determinados datos, etc...).

Parece, por último, que el legislador también entendió que la materia a la que se refiere la disposición final segunda de la LORTAD está reservada a ley orgánica, cuando configuró la citada disposición final como precepto de naturaleza legal-orgánica, al no incluir la misma en la disposición final tercera delimitadora de los preceptos de naturaleza legal-ordinaria de la LORTAD.

3.- Potestad reglamentaria y reserva de ley orgánica.

3.1.- La doctrina del Tribunal Constitucional.

Tras manifestar nuestra opinión favorable a considerar la regulación del tratamiento no automatizado de datos personales como materia sujeta a reserva de ley orgánica, a los efectos de este trabajo interesa, en primer lugar, examinar si es posible regular reglamentariamente la materia -o aspectos de la misma- reservada a ley orgánica; en segundo lugar, en caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior, interesa saber si la regulación reglamentaria está condicionada o no y, en su caso, conocer tales condicionantes. Estas cuestiones se tratarán a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional admite explícitamente la posibilidad de que un reglamento pueda regular aspectos relativos a materias reservadas a ley orgánica¹².

- 11 El art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 dispone que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye (...) el de investigar y recibir informaciones..."; la sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre, dice que "el derecho fundamental reconocido en el art. 20 CE [refiriéndose al derecho a la información] (...) incluye también la investigación de la causación de hechos...".
- 12 En la sentencia 101/1991, de 13 de mayo, se manifiesta en el sentido de que "la introducción en nuestro ordenamiento constitucional de la categoría de Ley Orgánica, a la cual se reserva la regulación de determinadas materias, no altera las relaciones tradicionalmente establecidas entre ley y reglamento (...) siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo".

Es más, se afirma, en esta misma sentencia, que la remisión al reglamento será obligada y necesaria, "ya que no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias". En el mismo sentido se manifiesta en las sentencias 77/1985, de 27 de junio, 108/1986, de 29 de julio y 101/1991, de 13 de mayo. También la sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, admite la habilitación en favor de la ley ordinaria.

Ahora bien, la potestad reglamentaria, en tal caso, está sujeta, al menos, a dos condiciones: una formal y otra material¹³.

Como condición formal, el Tribunal Constitucional exige la concurrencia de habilitación en favor del reglamento¹⁴.

La habilitación en ningún caso, según el propio Tribunal, puede suponer deslegalización de la materia; o sea, que "habría de reputarse ilegítimo todo reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica" (sentencia 137/1986, de 6 de noviembre¹⁵).

Debe advertirse que las remisiones en abstracto o genéricas (del tipo "el Gobierno dictará las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente ley" -disposición final primera de la LORTAD-) no son consideradas por el Tribunal Constitucional como remisiones en blanco y, por tanto, no son inconstitucionales *per se*. En éstos casos habrá que estar a las disposiciones reglamentarias para determinar si éstas se han excedido en la regulación, invadiendo cuestiones materiales que les estaban vedadas (o sea, que hayan excedido de su ámbito material de regulación)¹⁶.

Por otra parte, la sentencia 101/1991, de 13 de mayo, entiende que la remisión al reglamento, para regular una determinada materia reservada a ley orgánica, no puede reputarse remisión en blanco en aquellos casos en que, si bien la ley orgánica habilitante no establece el más mínimo criterio orientador

■ 13 SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, págs. 786 y ss, hace referencia a distintos criterios, utilizados por la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, para determinar el grado de remisión admisible al reglamento: la complitud (implicaría que el reglamento sólo puede regular aspectos colaterales de la materia delegada), la mesurabilidad (la remisión debe ser expresa, concreta y específica, y delimitada), la previsibilidad (deben establecerse criterios orientadores para el ejercicio de la potestad reglamentaria) y la ejecución administrativa (el grado de remisión podrá ser más amplio si se trata de materias relativas al "cumplimiento o vigilancia administrativa")

■ 14 Así lo deducimos de las sentencias 83/1984, de 24 de junio, 77/1985, de 27 de junio y 178/1989, de 2 de noviembre. Estas sentencias no se refieren específicamente a la relación ley orgánica-reglamento, sino a las relaciones reserva de ley ordinaria-reglamento y reserva a la legislación básica del Estado (sin perjuicio que, en el caso concreto, la norma básica fuera una ley orgánica)-reglamento. Ahora bien, entendemos que si la habilitación se exige en la relación ley ordinaria-reglamento, *a fortiori* debe exigirse en la relación ley orgánica-reglamento.

■ 15 La sentencia se refiere a la posible remisión a la ley ordinaria para regular materias reservadas a ley orgánica. Entendemos, por razones que nos parecen obvias, que si ello se impide en favor de la ley ordinaria, *a fortiori*, también se debe impedir en favor del reglamento.

En los mismos términos, véanse las sentencias 83/1984, de 24 de junio y 227/1993, de 9 de julio.

■ 16 Así se manifiesta el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, de 29 de julio, en relación a la disposición adicional primera 2. de la LOPJ (que dispone que: "Asimismo (...) el Gobierno aprobará los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica").

conforme al cual deba desarrollarse la regulación reglamentaria, estos criterios pueden obtenerse del resto del Ordenamiento jurídico¹⁷.

Además de dicho requisito formal, el Tribunal Constitucional exige, como condición material, que la potestad reglamentaria, en materias reservadas a ley orgánica, se limite a ser un *complemento indispensable* de la ley¹⁸.

Ahora bien, este límite plantea el problema de su definición, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido, aún, no ha sido fijado por el Tribunal Constitucional.

En la doctrina, GARCIA DE ENTERRIA¹⁹ define el *complemento indispensable* como todo aquello que debe incluir el reglamento “para la correcta aplicación y plena efectividad de la ley misma que desarrolla”; pero, además, entiende que el *complemento indispensable* supone que el reglamento “no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines”.

El carácter positivo del concepto dejaría al alcance de la potestad reglamentaria, según GARCIA DE ENTERRIA y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, “normas de organización y procedimiento que no afecten al contenido normativo sustancial de la ley que desarrolla, precisar los preceptos de éstas en lo que tengan de vago e incompleto, explicitar las reglas enunciadas en la ley sólo a nivel de principios e, incluso, paliar las deficiencias eventuales de la propia ley”.

Por su parte, el lado negativo del concepto de *complemento indispensable*, siempre siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA y la jurisprudencia el Tribunal Supremo que cita, excluiría la posibilidad de “limitar los derechos, las facultades

- 17 Así se manifiesta el Tribunal Constitucional en la sentencia 101/1991, de 13 de mayo. La Ley Orgánica de Libertad Sindical, en su disposición adicional tercera, dispuso que “el derecho reconocido en el apartado d) del número 1, artículo 2º, no podrá ser ejercido en el interior de los establecimientos militares. A tal efecto, se determinará reglamentariamente lo que haya de entenderse por establecimientos militares”. El Tribunal Constitucional, tras admitir que “la materia sobre la cual recae la remisión normativa, objeto del recurso, afecta directamente a la libertad sindical y, por consiguiente, su regulación está reservada a Ley orgánica” y, también que, “en principio, (...) la fórmula de remisión (...) carece, en sí misma, de términos o elementos expresivos que, de alguna forma, delimiten el ámbito dentro del cual deba ser ejercido el poder reglamentario que se habilita, y que, por tanto nos podemos encontrar, ante una remisión abierta que deslegaliza la materia”, rechaza que tal disposición pueda considerarse como una deslegalización porque “resulta evidente que el concepto legal de <<establecimiento militar>> no es un concepto que pueda ser desarrollado por la potestad reglamentaria de forma ilimitada, sino que se trata de un concepto que, en el conjunto del Ordenamiento jurídico en que se produce la habilitación, encuentra bases limitadoras del alcance y objeto de la delegación”.
- 18 Dice la citada sentencia 101/1991, de 13 de mayo, que el alcance de las remisiones normativas debe restringirse de tal forma que la potestad reglamentaria se limite a ser un “complemento de la regulación legal que sea indispensable”. En el mismo sentido se manifiesta, en relación a la reserva de ley ordinaria, en las sentencias 83/1984, de 24 de julio, y 178/1989, de 2 de noviembre.
- 19 GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ, op. cit., págs. 266-267.

des (...) [o] las posibilidades de actuación contenidas en la ley misma, (...) dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación y puesta en práctica de la ley”.

Un criterio de delimitación del concepto de *complemento indispensable* podría ser la regulación de los “sólitos aspectos técnicos de las materias reservadas a la ley”, aspectos (o materias), que por sus propias características, resultan inadecuadas para su tratamiento mediante ley, en este caso, orgánica²⁰.

En ocasiones, el Tribunal Constitucional alude, como criterio delimitador del concepto de materia técnica, a la naturaleza organizativa y prestacional de la misma²¹, aunque no parece que pueda deducirse, con suficiente claridad, que sea el único criterio delimitador posible²².

3.2.- Aplicación de esta doctrina del Tribunal Constitucional a la disposición final segunda de la LORTAD.

Tras la exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional, nuestra opinión, respecto a la remisión de la disposición final segunda de la LORTAD, se resume en lo siguiente:

A. El Gobierno, a tenor de la disposición final segunda, es quien determina si hay que extender o no la aplicación de la LORTAD a los tratamientos no automatizados. La LORTAD, entre otras cuestiones, regula los límites al tratamiento automatizado de datos personales, así como el estatuto jurídico²³ de los afectados²⁴ y de los titulares de los ficheros automatizados.

Ello supone que la remisión al reglamento de la disposición final segunda deje en manos del Gobierno la determinación, por una parte, de los límites en

■ 20 Así se manifiesta el Tribunal Constitucional, en relación a materias reservadas a ley orgánica, en las sentencias 108/1986, de 29 de julio y 101/1991, de 13 de mayo; y, también, en las sentencias 77/1985, de 27 de junio, para las llamadas normas básicas (sin perjuicio que, en el caso concreto, la norma básica tuviera carácter de ley orgánica), relativas a las competencias básicas del Estado, y 83/1984, de 24 de junio, en relación a las leyes ordinarias.

■ 21 La sentencia 77/1985, de 27 de junio, admite la remisión al reglamento por tratarse de “materias de carácter organizatorio y/o prestacional que exijan una continuada adecuación”. En el caso se trataba de cuestiones relativas a la financiación de colegios privados.

El mismo criterio del carácter organizador, pero no en cuanto a la exigencia de la necesaria adecuación continua, lo hallamos en la sentencia 101/1991, de 13 de mayo. En el caso se trataba de determinar lo que se entendía por “establecimiento militar”, a los efectos del ejercicio de la libertad sindical en los mismos.

■ 22 En la sentencia 108/1986, de 29 de julio, el Tribunal Constitucional excluye la posibilidad que el reglamento entre a regular cuestiones relativas al estatuto jurídico de jueces y magistrados (eso sí, lo justifica por criterios de peligro que para la independencia judicial podría suponer la intervención del Gobierno en la regulación del citado estatuto).

■ 23 Por estatuto jurídico entendemos el conjunto de derechos y deberes.

■ 24 Véase la nota a pie de página nº 1.

el tratamiento no automatizado de datos personales y, por otra parte, del estatuto jurídico del titular del fichero no automatizado de datos personales, así como el del afectado por el tratamiento de sus datos.

Opinamos que la remisión no se adecuía al criterio del *complemento indispensable*, ya que, mediante la remisión, el Gobierno podría, a través de disposición reglamentaria, limitar una actividad no restringida por ley (el tratamiento no automatizado de datos; p. ej., mediante la restricción o prohibición de almacenar determinados datos personales) e imponer unos deberes que no exige la ley (p. ej., la obligación de cancelar determinados datos, en determinadas circunstancias).

No creemos que los mencionados límites al tratamiento no automatizado y los estatutos jurídicos puedan considerarse como materia de "carácter técnico", ni mucho menos que se trate de materia inadecuada para su tratamiento mediante ley; por lo que, si se acepta que se trata de una materia reservada a ley orgánica, no creemos que la potestad conferida al Gobierno de decidir la extensión de la LORTAD al tratamiento no automatizado se adecuie a los requisitos exigidos por el tribunal Constitucional para admitir la remisión al reglamento en materias reservadas.

No es sólo que entendamos que la ley es una fuente adecuada para determinar los mentados límites y estatutos; es que, además, entendemos que el reglamento no es la fuente normativa adecuada para la determinación del estatuto jurídico del titular de los ficheros no automatizados y del afectado por el tratamiento no automatizado de sus datos personales, ni para la determinación de los límites en este tipo de tratamientos, ya que lo consideramos peligroso, básicamente, para el derecho a la intimidad²⁵. Creemos que el reglamento es una fuente normativa inadecuada por la inmensa capacidad de la Administración para la acumulación de datos personales, incluidos los llamados datos sensibles²⁶, y su posterior tratamiento mediante mecanismos no automatizados; atendiendo a esta capacidad no parece que sea lo más adecuado el que sea el propio Gobierno el que determine, por una parte, si se impone límites o no en los tratamientos de datos personales que pueda llevar a cabo mediante mecanismos no automatizados, y, por otra parte, si se conceden o no una serie

■ 25 Entendemos que es aplicable la doctrina de la sentencia 108/1986, de 29 de julio, que no permite que el reglamento regule el estatuto jurídico de jueces y magistrados; en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional, tras poner de manifiesto que una de las características de los jueces y magistrados es su independencia, afirma que "los jueces no pueden estar sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno (...). Y ello no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también a su propio *status*, pues de lo contrario supondría la posibilidad de influir en su situación personal con lo riesgos que ello acarrea respecto a la misma función jurisdiccional".

■ 26 Respecto a lo que entendemos por datos sensibles, véase la nota a pie de página nº 8.

de derechos a los afectados por el tratamiento no automatizado, derechos a ejercer frente a la Administración²⁷.

B. En todo caso, si se admitiera la constitucionalidad de la remisión, las posibles *modificaciones y adaptaciones necesarias*, que prevé la disposición final segunda, entendemos que sólo serían admisibles si se limitasen a cuestiones meramente técnicas y se adecuasen al criterio del *complemento indispensable*.

II.- EL ARTICULO 3.2 DEL RD 1332/1994 Y EL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA.

1.- Introducción.

Dispone el art. 3.2 RD 1332/1994 que “en caso de incumplimiento de los términos de la autorización²⁸ el cedente y el cesionario²⁹ de los datos responderán solidariamente a efectos de lo previsto en el artículo 17.3³⁰ de la Ley Orgánica 5/1992”.

En relación al art. 3.2 RD 1332/1994 no nos vamos a plantear su adecuación a la institución de la reserva de ley, porque la multitud de variables a discutir y la concreta complejidad de una de ellas³¹ extenderían demasiado este estudio, excediendo los objetivos del mismo.

- 27 Creemos criticable el que la LORTAD no haya extendido directamente su aplicación al tratamiento no automatizado de datos personales, ya que el tratamiento de los datos personales mediante mecanismos no automatizados puede convertirse en una peligrosa vía para burlar las limitaciones que impone la LORTAD en el tratamiento automatizado de datos personales.

ORTI VALLEJO, op. cit., págs. 83-84, plantea la posibilidad de seleccionar algunos preceptos de la LORTAD, atendiendo a su *ratio*, y aplicarlos a los ficheros manuales (ficheros no automatizados).

- 28 Se requiere autorización, que será expedida por el Director de la Agencia de Protección de Datos, en aquellos casos en los que los datos se dirijan a un Estado que no ofrezca un grado de protección, en favor de los afectados por el tratamiento automatizado de datos personales, equiparable al que ofrece la LORTAD (el Director puede imponer al cedente aquellas condiciones o cargas que estime oportuno en aras a la protección de los derechos de los afectados -arts. 33 LORTAD y 3.1 RD 1332/1994-).
- 29 La relación entre el cedente y el cesionario se deriva de una transmisión de datos; el primero transmite al segundo una serie de datos personales, con la particularidad de que el cedente se halla en el Estado español, mientras que el cesionario se halla en otro Estado.
- 30 Dispone el art. 17.3 LORTAD que “los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”.
- 31 Nos deberíamos plantear si la regulación de la responsabilidad concurrente del cedente y del cesionario está sujeta a reserva de ley y si esta reserva es orgánica u ordinaria.

Si determinásemos que la reserva de ley es ordinaria deberíamos plantearnos cual es el fundamento jurídico de dicha reserva; y si dicha reserva la fundamentamos en la llamada reserva de ley en favor de la libertad, ello precisaría de un análisis de una doctrina no pacífica y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que parecen contradictorias (un análisis de las distintas posiciones doctrinales, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en cuanto al existencia de una reserva de ley general en favor de la libertad, lo encontramos en BAÑO LEON, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, primera edición, Madrid, 1991, págs. 103-108 y 192 y ss).

Por ello, nos limitaremos a analizar el art. 3.2 RD a la luz del principio de jerarquía normativa, sin otras consideraciones, en la medida que la materia regulada en el art. 3.2 es una materia ya regulada por disposiciones normativas con rango de ley.

2.- El principio de jerarquía normativa.

La Constitución consagra en su art. 9.3 el principio de jerarquía normativa, que ya establecía el Código Civil en su actual art. 1.2 al disponer que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”.

Este principio sólo opera en las relaciones entre normas de diferente rango normativo³² e implica que una norma de rango inferior no puede contradecir, modificar o derogar, en principio, una norma de rango superior; en cambio, una norma de rango superior, sí que puede contradecir, modificar o derogar, en principio³³, una norma de rango inferior³⁴.

Con respecto a la relación ley/reglamento, la norma de rango superior, siempre, es la ley.

La supremacía de la ley, en relación al reglamento, se manifiesta en la propia Constitución, en los arts. 97, al disponer que la potestad reglamentaria se ejercerá “...de acuerdo con la Constitución y las leyes”, y 103.1, al disponer que “...la Administración Pública (...) actúa (...) con pleno sometimiento a la ley y al Derecho”³⁵.

■ 32 Sin perjuicio de las especiales relaciones Estatutos de Autonomía-leyes autonómicas, de las relaciones leyes marco-leyes autonómicas y de las relaciones leyes orgánicas de transferencia o de delegación-leyes autonómicas.

■ 33 Podemos destacar algunos supuestos especiales:

a. ley estatal-reglamento autonómico que regula materias de competencia autonómica.

En este caso aplicaríamos el principio de competencia, y no el de jerarquía normativa; por lo que la contrariedad del reglamento autonómico con la ley estatal se resolvería en favor del reglamento, en virtud del principio de competencia.

b. deslegalización de una materia no reservada a ley (en relación a la materia reservada a la ley, tal como hemos visto, la deslegalización no es posible).

En este caso es posible la derogación de una ley mediante reglamento, aunque tal posibilidad cabe porque una ley lo permite, puesto que la deslegalización debe realizarse mediante ley. En este sentido, DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, primera edición, Barcelona, 1987, págs. 227-228.

También podríamos referirnos a los llamados reglamentos de necesidad: pero, al considerar, siguiendo a SANTAMARIA PASTOR, op. cit., págs. 750 y ss, que no alteran el principio de jerarquía normativa, no lo hemos estimado necesario. Pero, véase GARCIA DE ENTERRIA-FERNANDEZ, op.cit., págs. 201-202, que definen los reglamentos de necesidad como reglamentos *contra legem*.

■ 34 En la doctrina se habla de fuerza, o capacidad innovadora, activa y pasiva para referirse a las consecuencias del principio de jerarquía normativa. Así DE OTTO, op. cit., pág. 226; SANTAMARIA PASTOR, op. cit., págs. 316-317.

■ 35 Véase SANTAMARIA PASTOR, op. cit., págs. 737 y ss; DE OTTO, op. cit., pág. 225 y s.

Tal supremacía, también, se manifiesta en normas legales: art. 6 LOPJ o el art. 51 ley 30/1992 RJAPPAC.

Los efectos de la quiebra de este principio son la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias contrarias a las leyes -o a la Constitución- (art. 62.2 ley 30/1992 RJAPPAC), y/o su inaplicación por parte de los órganos jurisdiccionales (art. 6 LOPJ).

En cuanto a la aplicación del principio de jerarquía normativa, debemos analizar las normas de rango legal que regulan las distintas versiones a que puede dar lugar la interpretación de la solidaridad del art. 3.2 RD.

El RD 1332/1994, cuyo art. 3.2 analizamos, es un reglamento que desarrolla la LORTAD; sin embargo, la LORTAD no regula ni establece criterio alguno acerca de la posible concurrencia de varios sujetos responsables por la lesión o daño al afectado derivado del tratamiento automatizado de sus datos personales; por tanto, nos deberemos referir a los preceptos legales que, con carácter general, regulan las distintas versiones que podemos deducir del art. 3.2 RD.

3.- Posibles interpretaciones del art. 3.2 RD y legalidad civil.

3.1.- Primera versión: establecimiento en el art. 3.2 RD de una regla de responsabilidad solidaria por culpa concurrente probada.

Interpretado el art. 3.2 a tenor del principio de culpabilidad en la responsabilidad extracontractual (art. 1902 Código Civil) y del art. 1214 Código Civil (“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento...”), podríamos entender que la solidaridad se exigirá si se ha probado la participación del cedente y del cesionario en el hecho que ocasionó el daño o la lesión.

Atribuido este alcance a la solidaridad del art. 3.2, nos preguntamos si el mismo resultado se obtendría si tuviéramos que aplicar el Código Civil, en un caso de responsabilidad extracontractual en el que probadamente concurren varios sujetos en la realización del hecho culposo.

En un primer momento, atendiendo al art. 1137 Código Civil, que establece la regla de la mancomunidad para el caso de una concurrencia de varios deudores, parece que deberíamos resolver en contra de la solidaridad, aunque concurren varios sujetos responsables en la realización del daño, debiendo res-

ponder cada uno sólo por el tanto de culpa³⁶ (aplicando la regla del art. 1138 Código Civil).

Si ello fuera así deberíamos resolver en contra de la legalidad del art. 3.2 RD, pues establece una responsabilidad solidaria donde el Código Civil configura una responsabilidad mancomunada.

Sin embargo, el Tribunal Supremo viene entendiendo últimamente, y tras una primera doctrina vacilante entre la mancomunidad y la solidaridad, que en el caso de concurrencia de culpas en el hecho causante del daño, los responsables del daño responden solidariamente, solidaridad que se deriva “de la propia naturaleza del vínculo plural”³⁷.

Si nos atenemos a la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, la solución dada por el art. 3.2 RD no introduciría elemento distinto o contrario en relación a la solución que obtendríamos aplicando el Código Civil, por lo que, en este caso, el art. 3.2 RD parece adecuarse al principio de jerarquía normativa.

3.2.- Segunda versión: establecimiento en el art. 3.2 RD de una regla de responsabilidad *in solidum* con inversión de la carga de la prueba.

De la literalidad del art. 3.2 podríamos deducir, como segunda alternativa, una regla de responsabilidad *in solidum* con inversión de carga de la prueba.

La responsabilidad *in solidum* presupone la concurrencia de varias causas imputables a varios sujetos en la realización de un daño: en este tipo de responsabilidad cada uno de los imputados va a responder por un hecho (causa o título) diferente al hecho imputado al resto de responsables³⁸. Además, es frecuente que dicha responsabilidad vaya acompañada de una inversión de la carga de la prueba.

En nuestro Ordenamiento jurídico este tipo de responsabilidad tiene su manifestación más evidente en el art. 1591 Código Civil para el caso de ruina o deterioro de una construcción. En su aplicación, lo que nos interesa es la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la carga de la prueba: cuando se

■ 36 Véase ALBADALEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, Anuario de Derecho Civil, 1963, págs. 345 y ss. (especialmente, págs. 360-369).

■ 37 Véase, por todos, LACRUZ BERDEJO, en varios autores, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones, volumen primero: parte general, delito y cuasidelito*, segunda edición, Barcelona, 1990, págs. 535 y ss.

Véase, también por todas, la sentencia de 26 de noviembre de 1993 del Tribunal Supremo (RA 9142/1993).

■ 38 Véase LEON ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, Sevilla, 1978, págs. 44-48 y 207-208.

produce el resultado dañoso, se presume que es debido a causa imputable a todos los sujetos participantes en la construcción (arquitecto, aparejador, constructor y promotor), cada uno de los cuales responde íntegramente del daño, a no ser que pruebe que la ruina no ha sido causada por hecho que le sea imputable³⁹.

En relación al art. 3.2, la responsabilidad *in solidum* supondría que si la transmisión internacional de datos personales ocasionare un daño, los intervinientes en la transmisión responderían solidariamente del daño salvo que probasen que el hecho que se les imputa no fue el causante del daño producido, por el cual se les reclama.

Ello nos llevaría a cuestionar la legalidad de esta interpretación del art. 3.2 RD puesto que si bien podríamos deducir del art. 1591 Código Civil una regla de presunción de culpabilidad, esta regla no es la regla general, sino una regla excepcional; la regla general aplicable, salvo que exista disposición específica en contra (que en nuestro caso no la hay legal), es la del art. 1214 Código Civil, precepto que implica que la culpabilidad debe probarse.

Por tanto el art. 3.2 RD invertiría, con carácter general, la carga de la prueba, contrariando lo dispuesto en un precepto legal.

3.3.- Tercera versión: establecimiento en el art. 3.2 RD de una regla de solidaridad en sentido estricto, conducente a una responsabilidad por hechos ajenos.

Atendiendo al *tenor literal* del art. 3.2 RD, podríamos deducir una regla de solidaridad en sentido estricto: frente al perjudicado, cedente y cesionario estarían igualmente obligados a responder del íntegro daño, con independencia de a quién es imputable el incumplimiento de los términos de la autorización (lo que sólo sería relevante respecto del ejercicio de una posterior acción de regreso). En dicha solidaridad iría implícita una responsabilidad objetiva por hecho ajeno: una responsabilidad del cedente por el incumplimiento de una obligación impuesta al cesionario y, también, una responsabilidad del cesionario por el incumplimiento de una obligación impuesta al cedente.

Tal responsabilidad la podemos imaginar en los siguientes términos:

a) Responsabilidad del cedente por hechos del cesionario: el caso se daría si, impuestas determinadas cargas u obligaciones al cesionario que deban

■ 39 Véase DIEZ PICAZO-GULLON, *Sistema de Derecho Civil, volumen II*, sexta edición, Madrid, 1990, pág. 445, y las sentencias que dichos autores citan; LACRUZ BERDEJO, en varios autores, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones, volumen III: contratos y cuasicontratos*, segunda edición, Barcelona, 1986, pág. 293.

ser cumplidas una vez realizada la transmisión, éste no las cumple y de este incumplimiento debe responder el cedente solidariamente con el cesionario⁴⁰.

b) Responsabilidad del cesionario por hechos del cedente: el caso se daría si, impuestas determinadas cargas u obligaciones al cedente, éste no cumple con ellas y a pesar de ello procede a la transmisión de los datos y de este incumplimiento debe responder el cesionario solidariamente con el cedente.

El artículo del Código Civil que nos interesa, para contrastar la legalidad de esta interpretación del art. 3.2 RD, es el 1903.4.

En relación al art. 1903.4 Código Civil, a los efectos de nuestro trabajo, más que la redacción literal del mismo, lo que nos interesa son las características de las relaciones a las que el Tribunal Supremo aplica el art. 1903.4: atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 1903.4 será de aplicación, existiendo, por tanto, una responsabilidad por hechos ajenos, en aquellos casos en los que exista <<una relación de dependencia entre el agente del daño y demandado [sujeto al que se le atribuye la responsabilidad por hecho ajeno] y una actuación del primero “en el ámbito de sus funciones”>>⁴¹.

- 40 En el caso de que se impusieran cargas u obligaciones al cesionario a cumplir en un momento anterior a la transmisión, si éste no las cumpliera y el cedente procediera a la transmisión de los datos, se podría justificar la responsabilidad del cedente por el incumplimiento del cesionario, entendiéndose que, en realidad, no se imputa al cedente una responsabilidad por el incumplimiento del cesionario, sino porque este incumplimiento supone una transmisión internacional de datos ilícita (art. 32 LOR-TAD); por lo que la responsabilidad nacería por un hecho del cedente (por la participación en una transmisión de datos ilegal).
- 41 CAVANILLAS MUGICA, *Determinación del sujeto responsable en supuestos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva (obras, filtraciones, animales...)*, en Responsabilidad Civil, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 149.

El citado autor pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha extendido el ámbito de aplicación del art. 1903 párrafo cuarto, respecto de los dos elementos citados: relación de dependencia/actuación en el ámbito de sus funciones.

El Tribunal Supremo no se limita a aplicar el art. 1903 párrafo cuarto a las relaciones de dependencia que pudieran derivarse literalmente del citado precepto; así, CAVANILLAS MUGICA distingue, en función de las relaciones a las que el Tribunal Supremo aplica el art. 1903, entre las relaciones de dependencia laboral y las de dependencia no laboral. Entre éstas últimas, CAVANILLAS MUGICA distingue entre las que denomina de servicio (casos de contrato de obra, mandato, transporte, etc...) y las que denomina de uso o posesión (serían aquellos casos en los que “el agente ocasiona el daño con un medio puesto en sus manos por el posible responsable [del hecho ajeno]”).

En cuanto a la aplicación de las distintas relaciones de dependencia que deduce CAVANILLAS MUGICA, y que permitirían la imputación de una responsabilidad por hecho ajeno, a la cesión de datos, no parece plantear excesivos problemas, al menos, cuando entre cedente y cesionario medie una relación de dependencia laboral o de servicio.

En cambio, más difícil es la aplicación de la relación de uso o posesión a una cesión de datos para imputar una responsabilidad por hecho ajeno. El Tribunal Supremo (Salas 1ª y 2ª) ha ido aplicando este tipo de relación, para la imputación de una responsabilidad por hecho ajeno, únicamente (según el análisis de CAVANILLAS MUGICA, aunque véase el caso de la sentencia que cita del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 15 de noviembre de 1989), a cesiones de vehículos a motor, donde la relación de dependencia se deduce por el hecho de que el cedente es propietario del vehículo con el que se ha producido el daño. La aplicación de esta doctrina a la cesión de datos es muy problemática: no parece que la relación cedente/datos cedidos sea equiparable a la relación cedente-propietario/vehículo de motor, puesto que la cesión de datos supone dar a conocer unos datos a una persona, por tanto, la única relación que podremos deducir, en general, entre el cedente y los datos cedidos es la mera cesión; relación cedente/datos cedidos que parece equiparable a la relación del transmitente de una cosa con la cosa que transmite, supuesto en el que no parece haber una responsabilidad del que transmite la propiedad por los daños que pudiera ocasionar el nuevo propietario o titular con la cosa transmitida.

El art. 3.2 RD no exige, para la imputación de una responsabilidad por hecho ajeno, que la relación entre el cedente y el cesionario sea una relación de dependencia⁴²; por lo que el ámbito material de aplicación del art. 3.2 RD, en materia de responsabilidad por hecho ajeno, es más amplio que el previsto en el Código Civil.

Por ello opinamos que, en los casos en los que procede la aplicación del Código Civil, en materia de responsabilidad por hecho ajeno, el art. 3.2 RD, en relación a la interpretación que nos permite deducir una responsabilidad por hecho ajeno, quiebra el principio de jerarquía normativa al no adecuarse a lo dispuesto en una norma de rango de ley, o sea, al Código Civil.

4.- Posibles interpretaciones del art. 3.2 RD y legalidad administrativa.

El art. 3.2 RD también es aplicable cuando el cedente y el cesionario son dos Administraciones Públicas⁴³.

En este caso, en principio, el precepto legal que nos interesa es el art. 140 Ley 30/1992 RJAPPAC.

Dispone el citado art. 140 que “cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria”.

Creemos que el art. 140 es susceptible de una doble interpretación:

A. En una primera interpretación, podemos entender que dos o más Administraciones Públicas responderán solidariamente de un daño o lesión a un particular si dichas Administraciones, a las que se imputa la responsabilidad solidaria, son responsables, también, a tenor del art. 139.1 Ley 30/1992 RJAPPAC⁴⁴; es decir, el art. 140 será de aplicación a una concreta Administración si el hecho que se le imputa es causante del daño y, además, el hecho se deriva de

■ 42 Tampoco exige que la actuación de la que nace la responsabilidad por hecho ajeno sea una actuación *en el ámbito de las funciones* del agente del daño, al ser éste un requisito íntimamente ligado al de la relación de dependencia.

■ 43 El hecho de que se trate de una transmisión internacional no excluye que se trate de dos Administraciones; entendiéndose por Administración lo dispuesto en el art. 2 ley 30/1992 RJAPPAC.

■ 44 Dispone el art. 139.1 que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes a toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

un funcionamiento normal o anormal⁴⁵ de un servicio de la propia Administración imputada⁴⁶.

El art. 140, atendiendo a esta primera interpretación, admitiría dos de las tres posibles versiones de la solidaridad que hemos deducido del art. 3.2 RD: el art. 140 permitiría deducir una responsabilidad solidaria por probada participación concurrente de varias Administraciones Públicas en la realización del daño y, también, una responsabilidad *in solidum*⁴⁷.

En cambio, con esta primera interpretación, el art. 140 no permitiría deducir una responsabilidad solidaria en sentido estricto, o sea, una responsabilidad solidaria que permitiera, a su vez, deducir una responsabilidad por hecho ajeno, ya que la responsabilidad de cada Administración, para poder aplicar el art. 140, tendría que nacer por una actuación de la propia Administración imputada; por tanto, deberíamos rechazar una interpretación del art. 3.2 RD que nos permitiese deducir una responsabilidad por hecho ajeno, porque tal interpretación no sería compatible con el art. 140.

Ahora bien, aunque el art. 140 admite dos de las posibles versiones de la solidaridad del art. 3.2 RD y, por tanto, permite entender, en principio, que estas dos interpretaciones se adecúan al art. 140, este último precepto exige, para su aplicación, que el hecho (o hechos) imputado(s) a las Administraciones sea(n) consecuencia de una gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación⁴⁸ entre las Administraciones imputadas; en cambio, el art. 3.2 RD no exige para su aplicación que el hecho que genere la responsabilidad solidaria se derive de una gestión dimanante de una fórmula colegiada de actuación, por lo que, en rela-

- 45 Respecto a lo que debe entenderse por *funcionamiento normal o anormal* de un servicio véase a BLASCO ESTEVE, en varios autores, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 425 y 426.
- 46 Esta interpretación parece que será la más razonable si entendemos que la coletilla "cuando...se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley..." del art. 140 se refiere a la concreta actuación de cada una de las Administraciones Públicas a las que se imputa una responsabilidad solidaria, y no al hecho que dimana de la *gestión de fórmulas colegiadas de actuación* (véase la nota a pie de página nº 49).
- 47 Sobre la aplicación en la jurisdicción contenciosa-administrativa de una responsabilidad *in solidum* a casos en los que concurren varias causas imputables a la Administración y a terceros en la producción del daño, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 -RA 4600/1984-. Véase lo dicho, en relación a este caso, por BLASCO ESTEVE, op. cit., págs. 429 y 430; PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, pág. 433.
- 48 Respecto a lo que debemos entender por *gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación*, BLASCO ESTEVE, op. cit., pág. 430, entiende que la Ley, con este concepto, se refiere a los "procedimientos complejos en que intervienen Administraciones Públicas de diferente orden" (pone como ejemplo la aprobación de un plan urbanístico municipal, en el que deben intervenir la Administración Autonómica y la Administración Municipal correspondientes para su aprobación). Creemos, también, que sería posible interpretar esta *gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación* en sentido estricto, y relacionar la aplicación del art. 140 con el art. 6 de la misma Ley (este artículo regula los *Convenios de colaboración* entre distintas Administraciones).

ción al citado art. 140, dudamos de la adecuación al principio de jerarquía normativa del art. 3.2 RD.

B. Por otra parte, una segunda interpretación del art. 140 nos podría llevar a entender que este precepto establece una responsabilidad solidaria en sentido estricto, ampliando, en relación al art. 139.1, los criterios de imputación de responsabilidad a las Administraciones Públicas cuando éstas actúan colegiadamente: la existencia de una gestión de fórmulas colegiadas de actuación implicaría que las Administraciones Públicas participantes en la citada gestión responderían solidariamente de los daños que los actos derivados de dicha gestión ocasionaren con independencia de la Administración que haya realizado el hecho causante del daño⁴⁹.

Esta interpretación nos permitiría asumir cualquiera de las tres posibles versiones que podemos deducir del art. 3.2 RD, incluida la versión que implica una imputación de responsabilidad por hecho ajeno.

Ahora bien, con esta segunda interpretación del art. 140, nos encontramos, también, con el problema de la exigencia del requisito de la derivación de la actividad de la Administración de una gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación; requisito que no es exigido en el art. 3.2 RD.

■ 49 En relación a esta interpretación, ésta parece la más razonable si entendemos que la coletilla "cuando...se deriven responsabilidades en los términos previstos en la presente Ley..." del art. 140 se refiere a las características que debe reunir el hecho que se derive de la *gestión* a la que se refiere el citado art. 140 para que sea susceptible de generar responsabilidad, y no a las concretas actuaciones de cada una de las Administraciones a las que se imputa una responsabilidad solidaria (véase la nota a pie de página nº 46).

