



Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 1

Por la Instructora designada al efecto por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos se ha dictado propuesta de resolución en el procedimiento de infracción identificado con su referencia PI 16-012, que lleva fecha de 27 de octubre de 2016, que ha sido recepcionada en el registro de entrada del Ayuntamiento de Ermua con el número 8.083, de 2 de noviembre de 2016.

En su parte dispositiva, dicha propuesta de resolución ratifica el contenido del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador dictado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos mediante resolución de fecha 3 de junio de 2016, y declara que el Ayuntamiento de Ermua ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD, infracción tipificada como grave en el artículo 22.3 c) de la Ley 2/2004, de 25 de febrero. Asimismo requiere al Ayuntamiento de Ermua para que adopte todas las medidas necesarias para que esta infracción no vuelva a producirse, en particular, que se proceda a la retirada inmediata de la página web del Ayuntamiento de Ermua de la información difundida en abierto que identifica a los agentes municipales y a todos los empleados públicos al servicio de la Corporación, e informar a la AVPD del cumplimiento de lo requerido, acreditando las medidas adoptadas, en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

Finalmente, se concede al Ayuntamiento de Ermua el plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación de la propuesta de resolución para que alegue cuanto considere oportuno para su defensa, y, en consecuencia, dentro del plazo conferido al efecto se formulan las siguientes alegaciones a la propuesta de resolución dictada por la Instructora del procedimiento de infracción PI 16-012, designada por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

En primer lugar, damos por reproducidas íntegramente en este escrito, de manera expresa, las manifestaciones que ya expusimos en el primer informe remitido de fecha 23 de marzo de 2106, y en el segundo de fecha 22 de junio de 2016, obviando ahora su transcripción literal, por razones de economía y celeridad.

En segundo lugar, insistimos en nuestra opinión de que la actuación del Ayuntamiento de Ermua sí se encuentra amparada en la norma, lo que constituye una excepción expresamente contemplada en la propia normativa de protección de datos personales (artículo 6.1 de la LOPD, ...” *salvo que la ley disponga otra cosa*”), a la obligación de obtener el consentimiento previo de nuestro personal para publicar la información ahora cuestionada, por los siguientes motivos.

La propuesta de resolución se extiende en argumentar la no aplicación al caso de los dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD, como de contrario afirma el Ayuntamiento de Ermua, y se apoya en la aplicación que de este artículo ha hecho la Agencia Española de Protección de Datos, en particular en su informe de 18 de febrero de 2008, cuyo contenido reproduce parcialmente.

Dicho informe se basa en que *“el tratamiento del dato de la persona de contacto sea accesorio en relación con la finalidad perseguida”* y considera que *“ello se materializará mediante el cumplimiento de dos requisitos: El primero, que aparece expresamente recogido en el Reglamento será el de que los datos tratados se limiten efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios: nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”*.

Por cierto, lo que ha publicado, estrictamente, el Ayuntamiento de Ermua.

Continúa el aludido informe que *“El segundo de los límites se encuentra, como en el supuesto contemplado en el artículo 2.3, en la finalidad que justifica el tratamiento.”*

El mencionado artículo 2.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD, expresamente dice que *“Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal.”*

Y para aclarar el significado de la norma transcrita el aludido informe de la AEPD dice que *“De este modo, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad y no entre aquéllos y quien ostente una determinada posición en la empresa. De este modo, el uso del dato deberá dirigirse a la persona jurídica, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad.”*

Así sucederá en caso de que el tratamiento responda a relaciones “business to business”, de modo que las comunicaciones dirigidas a la empresa, simplemente, incorporen el nombre de la persona como medio de representar gráficamente el destinatario de la misma. Por el contrario, sin la relación fuera “business to consumer”, siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento.”

Es fácil deducir que se está planteando una disyuntiva: lo que ha hecho el Ayuntamiento de Ermua, ¿es *“business to business”* o *“business to consumer”*?

La Instructora parece concluir que es *“business to consumer”*, y digo parece pues no lo argumenta, lo que nos impide tener un conocimiento cabal de por qué llega a esa conclusión y, en consecuencia, provoca nuestra absoluta indefensión pues difícilmente podemos defendernos cuando no sabemos en qué se basa la propuesta para afirmar que estamos ante una situación de *“business to consumer”* y no de *“business to business.”*

Como se afirma en la propuesta de resolución dictada el contenido del informe de 18 de febrero de 2008 de la AEPD ha sido reiterado en varias ocasiones por el conjunto de autoridades de protección de datos.

No pretendemos cuestionar el predicamento que tienen en esta materia las autoridades de protección de datos, pero sí que podemos manifestar, al menos, que entendemos que pretendiendo aclarar algo se introduce confusión en aquello que el legislador dejó claro, por cierto, algo excepcional en nuestra legislación, que nos tiene acostumbrados a que continuamente haya que andar interpretando lo que aquél quiso decir o dejó de decir...

La misma AEPD se vio en la necesidad de elaborar otro informe, el 0234/2008, para *“aclarar”* varias cuestiones relacionadas con la aplicación del Real Decreto 1720/2007, a propósito del tratamiento que deben recibir los denominados *“ficheros de contactos en las empresas”*, en el que, tras reproducir de manera literal el texto más arriba entrecorillado concluye que *“A la vista del informe adjuntado, podemos señalar que el artículo 2.2 del Real Decreto 1720/2007, sólo*



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 2

excluye del ámbito de aplicación de la normativa de Protección de Datos de Carácter Personal, los ficheros que contengan únicamente los datos taxativamente señalados en el mismo y que la finalidad de dicho fichero sea relacionarse con esa persona por el puesto que desempeña en la empresa, por tanto si los datos de contacto exceden de los fijados en la dicción literal del artículo 2.2, el tratamiento queda íntegramente sometido a la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo.” (El destacado en negrita es propio).

Esto sí se entiende.

Por tanto, la resolución que se dicte debe acreditar, de manera efectiva, fehaciente, que el tratamiento realizado por el Ayuntamiento de Ermua consistente en la publicación en su página web del nombre y apellidos del personal a su servicio, el cargo o función desempeñado, el teléfono y el correo corporativo del mismo, y sólo esos datos, no tiene como finalidad, tal y como declaramos, que los ciudadanos y ciudadanas se puedan relacionar con dicho personal por el puesto que desempeñan en la empresa, entiéndase, el Ayuntamiento de Ermua.

La propuesta de resolución se extiende en otras consideraciones, tratando de dar respuesta a los argumentos planteados por el Ayuntamiento de Ermua en sus anteriores alegaciones, y aunque hemos afirmado que no pretendemos extender el trámite innecesariamente reiterando lo ya manifestado con anterioridad, nos vemos obligados a introducir algunas matizaciones a las consideraciones expuestas en la propuesta de resolución para dejar clara nuestra posición al respecto.

Así, se dice que “Por ello, resultan especialmente llamativas las consideraciones que vierte el Ayuntamiento, sobre los derechos y obligaciones de estos agentes de la autoridad, y las referidas a que no existe una disposición que impida o limite la forma en que se debe identificar a los policías locales del municipio, cuando es la propia normativa que se cita y detalla el Ayuntamiento en sus alegaciones, la que exige que la identificación de los miembros de la policía local se realice mediante un número de identificación profesional que se exhibe en los uniformes de estos agentes.”

Como ya expusimos en su momento, efectivamente, ni en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; ni en la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco; ni en la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi, que sustituye a la anterior; ni en la Orden de 24 de septiembre de 2012, de la Consejera de Interior, Justicia y Administración Pública, por la que se publica el Manual de uniformidad y signos distintivos de las policías locales de Euskadi, existe ninguna norma que impida o limite de modo alguno dicha publicación en la forma realizada por el Ayuntamiento de Ermua, pues como ya dijimos entonces, la mencionada Orden se dicta, precisamente, para garantizar la efectividad operativa y la identificación pública de los policías locales a través de su uniformidad, sin perjuicio de que cada municipio pueda añadir elementos característicos propios conforme al artículo 37,1 i) de la Ley 15/2012, de 28 de junio, ni de la aplicación de las normas sobre función pública aplicables a todo el personal al servicio de la Corporación, lo que no excluye a los policías locales, al contrario, pues además de policías son empleados y empleadas públicas, sujetos/as a los mismos derechos y deberes que los que establece al efecto la legislación vigente en materia de función pública o administración pública. Entre otros, algo tan natural como que los ciudadanos y ciudadanas puedan conocerles e identificarles como tales empleados públicos, a qué se dedican o

cómo contactar con ellos, por ejemplo, de manera anticipada, sin tener que pedir esta información en cada ocasión.

Por cierto, en aplicación del principio de publicidad tanto el nombre y apellidos como el puesto para el que somos nombrados los funcionarios y funcionarias de carrera se publican en el Boletín Oficial del Estado o de la Provincia correspondiente.

Y no es una novedad pues esta medida empezó a aplicarse ya a partir de la publicación del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprobó la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, en cuyo artículo 27 ya se decía que *“1. Para cada Cuerpo se formará una relación circunstanciada de todos los funcionarios que lo integren, cualquiera que sea su situación, excepto los jubilados, ordenados por la fecha de su nombramiento, respetando el orden de promoción obtenido en las correspondientes pruebas selectivas.*

2. Las relaciones se rectificarán con la periodicidad que se determine y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado. (Era el único que existía por aquel entonces...)

3. En las relaciones se harán constar las circunstancias que reglamentariamente se establezcan.”

Posteriormente, el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, que, a falta de otra regulación sectorial también se aplicaba en el resto de Administraciones públicas, en su artículo 20 establece que *“1. Expirado el plazo de presentación de solicitudes, la autoridad convocante dictará resolución, en el plazo máximo de un mes, declarando aprobada la lista de admitidos y excluidos. En dicha resolución, que deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado, se indicarán los lugares en que se encuentran expuestas al público las listas certificadas completas de aspirantes admitidos y excluidos, señalándose un plazo de diez días hábiles para subsanación y determinándose el lugar y fecha de comienzo de los ejercicios y, en su caso, el orden de actuación de los aspirantes. Las citadas listas deberán ponerse de manifiesto, en todo caso, en la Dirección general de la Función Pública, en el Centro de Información Administrativa del Ministerio para las Administraciones Públicas y en las Delegaciones del Gobierno y Gobiernos Civiles.*

2. Cuando el procedimiento selectivo lo permita, no será preceptiva la exposición al público de las listas de aspirantes admitidos, debiendo especificarse así en la correspondiente convocatoria. En estos casos, la resolución, que debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado, deberá recoger el lugar y la fecha de comienzo de los ejercicios, así como la relación de los aspirantes excluidos con indicación de las causas y del plazo de subsanación de defectos.

3. La publicación de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado será determinante de los plazos a efectos de posibles impugnaciones o recursos.”

Y el artículo 22.1 de la misma norma dispone que *“Una vez terminada la calificación de los aspirantes, los Tribunales o las Comisiones Permanentes de Selección harán pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales en donde se haya celebrado la última prueba, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 14.2 de este Reglamento.*



Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 3

Dicha relación se elevará a la autoridad competente, que la publicará en el Boletín Oficial del Estado.”

El Decreto 315/1994, del Reglamento de Selección para la Policía del País Vasco, en su artículo 44.1 recoge la obligatoriedad de publicación de las solicitudes, en la que se reflejará *“la relación provisional de aspirantes admitidos y excluidos, que se hará pública en el boletín oficial en el que se hubiera publicado la convocatoria.”*

El artículo 48 del citado Decreto 315/1994, dispone que *“1. Concluida la calificación de las pruebas y/o méritos que integran el sistema selectivo, el tribunal aprobará la relación de aspirantes seleccionados integrada por quienes, habiendo superado el sistema selectivo, tuvieran cabida en el número de plazas convocadas siguiendo la prelación del orden de clasificación.*

2. El orden de clasificación y la relación de seleccionados se harán públicos por el tribunal y se remitirán al órgano competente para efectuar el nombramiento de los funcionarios en prácticas.”

Finalmente, el artículo 50 establece que *“Los aspirantes nombrados funcionarios en prácticas se incorporarán al curso de formación y período de prácticas en la fecha que se hubiera determinado para su inicio, que se hará pública, juntamente con el nombramiento, en el boletín oficial que corresponda.”*

Como ejemplo de la aplicación de la anterior normativa, y con el ánimo de no herir la sensibilidad de nadie, a continuación me refiero a la información publicada en el BOE número 47, de 24 de febrero de 1989, relativa a este Secretario, para lo que hago constar que consiento de manera expresa e inequívoca en su tratamiento, donde se publica la Resolución de 15 de febrero de 1989, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se nombran funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional a los aspirantes que han superado las pruebas y curso selectivo de formación para el acceso a la Subescala de Secretaría, categoría de entrada, entre otros, *“José Antonio Fernández Celada.”* (Como mera curiosidad, en la citada Resolución se publican también los DNI de las personas nombradas, seguramente debido a que dicha publicación es muy anterior en el tiempo al momento de la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal).

Y así del resto de personas que ostentan la condición de funcionarias de carrera al servicio del Ayuntamiento de Ermua, por lo que ahora no desvelamos nada nuevo que no esté publicado previamente en el BOE o en el Boletín Oficial de Bizkaia, según los casos.

También queremos aclarar la mención que hace la propuesta de resolución sobre que *“la puesta indiscriminada a disposición de terceros de la información personal afectada, puede generar importantes afectaciones al derecho a la privacidad de las personas afectadas. No puede obviarse, que la publicación de los datos en internet facilita tratamientos masivos de esos datos, su utilización para finalidades distintas, el establecimiento de perfiles, la creación de bases de datos privadas, y el envío de correos o publicidad no deseada. Además, la divulgación masiva e indiscriminada de la identidad de los agentes de la autoridad puede tener graves repercusiones para su integridad.”*

La aceptación de plano de esta aseveración, tal y como ha sido formulada por la Instructora en su propuesta de resolución, introduce, de manera subrepticia, una valoración de la actuación del Ayuntamiento de Ermua que denotaría una voluntad de causar un perjuicio a su propio personal, hasta el punto de afectar a la “seguridad” de sus propios agentes de la Policía Local, que en ningún caso podemos asumir por ser contraria a nuestra voluntad y que las acciones emprendidas en este ámbito por el Ayuntamiento de Ermua en los últimos años desmienten, de manera rotunda.

A este respecto, en la primera alegación que formulamos ya decíamos que la Recomendación general del Ararteko 7/2011, de 28 de octubre, que lleva por título “*El sistema de garantías en las actuaciones y prácticas policiales*”, declara que “*la función policial se desenvuelve por su propia naturaleza en un ámbito de inevitable tensión con la libertad y otros derechos fundamentales de las personas, lo que obliga a instituciones de garantía de derechos como la del Ararteko a prestar especial y permanente atención a su ejercicio*”, por lo que su trabajo en este campo “*tiene un marcado carácter preventivo y se orienta primordialmente al establecimiento de mecanismos dirigidos a evitar las prácticas ilícitas así como a descubrirlas y corregirlas, en el caso de que lleguen a producirse*”, para lo que proponía la introducción de mecanismos de identificación de los policías sin necesidad de que los ciudadanos y ciudadanas tuvieran que solicitárselo, expresamente.

Y, que en su Recomendación se afirma que “*El Departamento de Interior del Gobierno Vasco nos ha manifestado su desacuerdo con la implantación de la medida en la Ertzaintza por el riesgo que, a su juicio, entraña para la seguridad de sus miembros*”. (Adviértase, por la fecha del documento, que esta Recomendación se realiza en un momento histórico en el que ETA aún se encontraba plenamente operativa y que asesinaba a personas inocentes...)

Continuaba diciendo el Ararteko en su Recomendación que “*Esta institución es plenamente consciente de los problemas de seguridad a que alude el Departamento de Interior y así lo ha puesto de relieve en otras ocasiones.*”

Ahora bien, como también hemos expresado, estimamos que los problemas de seguridad no pueden ser un impedimento para que se adopte la medida...”

Finalizaba este apartado en su Recomendación el Ararteko manifestando que, “*A nuestro modo de ver, la medida resulta esencial para garantizar el derecho de la ciudadanía a identificar a los agentes sin tener que solicitarlo explícitamente y para evitar las tensiones que las peticiones de este tipo suelen originar. Tiene también un marcado carácter preventivo de posibles actuaciones incorrectas y garantiza, al mismo tiempo, que una determinada actuación no pueda quedar impune por falta de identificación de sus responsables, como habría sucedido, al parecer, en un caso al que hemos tenido acceso este año*”.

También expusimos, a mayor abundamiento, que el carácter preventivo de las medidas de este tipo ha sido destacado por Amnistía Internacional en el informe “*Sal en la herida: Impunidad policial dos años después*” (2009), señalando que “*ayudan a prevenir la tortura y otros malos tratos por parte de los agentes encargados de hacer cumplir la ley al garantizar que ningún agente puede actuar bajo la protección que ofrece el anonimato*”. En el informe se reclama al Gobierno Vasco: “*Garantizar que todos los agentes de la Ertzaintza lleven en el uniforme placas con su nombre o número claramente visible en todo momento, de modo que cualquier persona pueda identificarlos sin tener que solicitar específicamente esa información.*”



Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 4

Parece que basta con afirmar algo para que adquiriera carta de naturaleza, incluso que se convierta en un derecho merecedor de protección constitucional, aunque no se diga cómo la publicación de un nombre, un cargo, un teléfono o un correo electrónico corporativo puede comprometer la seguridad de nadie, aunque sea un funcionario o funcionaria pública, en el ejercicio de su cargo...

Si apelamos a la seguridad, sin concretar en qué modo y con qué extensión se puede ver comprometida en el caso concreto, nos podemos encontrar en un futuro próximo con Alcaldes o Alcaldesas, concejales y concejalas con funciones delgadas o que, simplemente, integren la oposición al gobierno de turno, que reclamen un plus de peligrosidad en el ejercicio de su cargo. ¡Anda que no tiene riesgo la toma de algunas decisiones en cualquier ayuntamiento de nuestro país, por ejemplo, con ocasión de la denegación de una simple licencia, el trazado de una raya en un plano dos milímetros arriba o abajo y la consiguiente consideración del suelo afectado como urbano o no, por dos milímetros en un plano!

No ponemos en duda que pueden existir personas que, con motivo y sin motivo, puedan sentirse negativamente afectadas por la decisión adoptada por una administración pública, por ejemplo, el Ayuntamiento de Ermua, incluso que se sientan indignadas, enfadadas, irritadas, cabreadas, arrebatadas, molestas, mosqueadas, encolerizadas, enojadas o simplemente, defraudadas, en cualquiera de sus grados o intensidades, mucho, poco, algo o mediopensionista... y que en ese estado puedan agredir a alguien, incluso a un funcionario o funcionaria.

¡Como la vida misma! Es cierto que esta situación se puede producir en cualquier momento, pero no se puede aceptar el determinismo de la mera posibilidad de que ocurra, como si tratara de la consecuencia del resultado de cualquier acción que hagamos, independientemente de la valoración que quepa realizar de las medidas de seguridad o prevención adoptadas.

¿De verdad el desempeño de su función por un funcionario o funcionaria puede ser una actividad de alto riesgo? Quizá sí. El Diario Vasco publicó, en su edición del miércoles día 26 de octubre de 2016, ver la crónica de "Sucesos" de la página 12, cómo "*un vecino de Elgoibar agrede al secretario del ayuntamiento y a una trabajadora municipal*", al ver que su demanda no iba a tener una respuesta inmediata... Si ésta fuera la forma natural de conducirse de nuestros vecinos y vecinas no me hace falta ser "*Rappel*" para decir que "*mañana, todos muertos*"..., pero lo cierto es que se trata de acciones muy excepcionales pues en un Estado de Derecho los ciudadanos y ciudadanas resolvemos nuestras controversias acudiendo a los tribunales, de manera natural, y que el recurso a métodos contrarios a la ley son verdaderamente excepcionales, motivo por el que acaparan los titulares de los medios de comunicación.

Vale, reconozco que esta licencia ha sido una boutade, pero a veces, tengo que tomarme las cosas de esta manera para poder conservar cierta cordura, vamos, por higiene mental.

Y porque si, de verdad, queremos hablar de riesgo y de peligro, entonces hablamos de los años de plomo en los que la banda terrorista ETA asesinó a 858 personas, 28 de ellas policías municipales y otros funcionarios locales.

Otro aspecto sobre el que, obviamente, mantenemos posiciones claramente divergentes con la AVPD se refiere al alcance de la transparencia activa tal y como ha sido configurada en la Ley

19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y, posteriormente, en la Ley 2/2006, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, en particular, sobre si dicha regulación debe considerarse el techo del que una administración pública no puede excederse, o es el suelo a partir del cual puede proyectar e impulsar su actividad y compromiso en materia de transparencia.

La transparencia es una obligación legal, que se concreta particularmente en todo lo que afecta a la publicidad activa; pero la transparencia es también un derecho, que la ciudadanía puede, y debe, activar.

De ahí que tratar de limitar las posibilidades de desarrollar la transparencia a lo establecido en la ley, en sentido estricto, literal, y no asumir que es la propia ley en su articulado la que habilita a quien quiera hacerlo a superar lo que aquella establece como mínimo, es ponerle puertas al campo. Si un nivel de gobierno quiere ser transparente debe estimular que la ciudadanía escrute, interroge, indague y demande información pública sobre lo que hace, incluso sobre lo que hace mal.

Es cierto que ningún poder público se flagela a sí mismo si no hay alguien que le obligue a hacerlo, salvo que interiorice el valor de la transparencia. El poder, por definición, huye de los controles. Más aún en el conjunto de la Administración Pública, donde el control del poder es una quimera. Pero sin ejercicio de este derecho, la transparencia se queda en el escaparate, como objeto en exposición.

Por este motivo, en el Ayuntamiento de Ermua entendemos que, a diferencia de lo que sostiene la AVPD, limitar la transparencia activa a que exista una norma que la imponga implica una visión muy restrictiva de la transparencia. La LTBG, y más ampliamente la LILE, establecen una legislación básica que representa un estándar mínimo en materia de transparencia activa, es decir, el suelo del que no podemos descender, pero nada impide que los gobiernos locales podamos superar con creces las exigencias de dicha legislación, ya sea a través del ejercicio de potestades normativas propias, por medio de acuerdo de sus órganos de gobierno, o mediante la incorporación de estándares de transparencia más exigentes en la ejecución de la propia ley, tal y como, expresamente, define la LILE de manera más extensa a como lo hace la LTBG. Porque queremos, porque nos lo creemos, porque es de puro sentido común y, en última instancia, porque estamos al servicio de la ciudadanía.

Por cierto, si en lo sucesivo esa fuera a ser la posición dominante, qué hacemos a partir de ahora cuando un ciudadano o ciudadana, en el ejercicio del derecho que le asiste a solicitar información pública nos pregunte cómo se llama el Secretario municipal y que le informemos sobre si dispone de un correo electrónico para poder ponerse en contacto con él, ¿qué le contestamos?

¿Qué no podemos suministrarle dicha información porque se trata de un dato personal que aquél no ha consentido que se facilite a la ciudadanía y que, además, de suministrárselo podemos comprometer la seguridad de dicho funcionario?

¡Por favor, que me lo aclaren!

Por si las moscas, y porque a mí me daría mucha vergüenza sostener lo contrario y porque quiero evitar que las risas se oigan en Algeciras, cuando no directamente el cabreo monumental



AYUNTAMIENTO DE LA VILLA DE ERMUA
ERMUA HIRIKO UDALA

Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 5

de un ciudadano o ciudadana en esta situación, en este acto expreso y dejo constancia de mi voluntad, de manera clara, rotunda, inequívoca, sin ningún género de duda o reserva mental, y autorizo al Ayuntamiento de Ermua a que facilite mis datos personales, digo profesionales, como mi nombre y apellidos, José Antonio Fernández y Celada por parte de madre, el cargo o puesto que desempeño en el Ayuntamiento de Ermua, Secretario municipal, y el correo electrónico que el Ayuntamiento pone a mi disposición como herramienta de trabajo para mejorar los medios de comunicación con otras administraciones, funcionarios/as y ciudadanos o ciudadanas, jafernandez@udalermua.net

Que puedo recibir correo indeseado como publicidad varia, seguro, todos los días, y que me lleva dos minutos cada día "limpiar" mi correo electrónico de esta basura, cierto, pero también lo es que a menudo sucede que recibo correo de personas que remiten sus quejas o solicitudes al Secretario, por aquello del "por si acaso" y que luego redirecciono al funcionario o funcionaria que finalmente deba responsabilizarse de su tramitación... ¡qué responsabilidad!

Es lo que tiene, más transparencia significa más responsabilidad para todos/as.

Sin olvidar que la LTBG y la LILE expresamente establecen que los/as funcionarios/as tenemos encomendada la labor de gestionar y ayudar en la tramitación de las solicitudes de información de cualquier persona física o entidad que así lo requiera.

Y que la verdad o en este caso, la no ocultación de cualquier tema o materia, incluyendo los nombres y apellidos, los cargos o funciones que desempeñamos las personas al servicio de la Corporación o nuestro correo corporativo, puede mejorar la calidad de nuestra democracia ya que son los propios ciudadanos y ciudadanas quienes se benefician de esta actuación.

De lo contrario, la Ley de Transparencia se puede convertir, para algunos, si las cosas siguen como siguen, estableciendo restricciones a su aplicación y desarrollo, en una Ley de Opacidad.

En mi opinión, la propuesta de resolución objeto de este informe, en realidad, está planteando el problema derivado del no reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental de los ciudadanos y ciudadanas, tal y como lo hace la jurisprudencia internacional, en particular, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que limita considerablemente ponderar adecuadamente la protección de datos personales.

Pese a todo, la LTBG y la LILE abren al escrutinio del público el sistema documental e informativo de los entes públicos y, esto puede suponer un rayo de esperanza. El desarrollo de ambas leyes puede significar una verdadera apertura de la información en manos de los poderes públicos o, por el contrario la consolidación de un sistema "gatopardesco", en alusión a la novela de Lampedusa y al eje de la acción planteada en la misma relativa "a la necesidad de cambiar todo, para que nada cambie". Dicho en otras palabras, la implementación de la transparencia en nuestro país puede significar un cambio efectivo y radical en el funcionamiento del sector público o puede ser una norma más, que nada o poco aporte. El tiempo nos lo dirá.

Si existe alguna forma de enderezar una mala ley es mediante una implantación decidida de la transparencia por parte de los funcionarios o funcionarias, de las personas al servicio de las

Administraciones Públicas comprometidas con la ciudadanía, *“con una nueva ética pública en la que uno de los elementos claves es la transparencia.”*

Personas que hemos comprobado que en nuestros servicios, negociados u oficinas que la transparencia acerca a los ciudadanos y ciudadanas a la Administración, lo que nos permite conseguir mejores resultados en nuestro trabajo diario.

Así quizás se consiga acercar las instituciones públicas a la ciudadanía pero, en todo caso, habría sido más eficaz si se hubiese reconocido un derecho fundamental de los ciudadanos y ciudadanas que trajera como consecuencia la transparencia y no al revés.

No debemos desesperar ante esta carencia que puede corregirse por vía jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La palabra transparencia no aparece en la Constitución española, aunque como sostiene algún autor, como es el caso de Lorenzo Cotino, *“no cabe duda que (la transparencia) encuentra clara y directa cobertura constitucional: la publicidad de las normas y la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la necesaria motivación de los actos administrativos (artículo 9.3 y 24 CE), el derecho de autodeterminación informativa respecto de la Administración (artículo 18 CE), el derecho a la información (artículo 20 CE) y, sobre todo, en el artículo 105 b).”*

El anclaje constitucional del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, de la transparencia de los poderes públicos se encuentra en el derecho a una comunicación pública libre del artículo 20 de la Constitución española. Es posible esa cobertura constitucional desde el momento en que las libertades informativas incluyen la facultad de buscar o investigar que tiene su lógica contención en la información privada, pero que de forma genérica debe admitirse sobre las instituciones y poderes públicos, con independencia de que posteriormente se establezcan los límites correspondientes.

Además, la interpretación de dicho artículo 20 debe realizarse por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sí que reconocen la facultad de investigar o buscar información. La otra razón para anclar el derecho de acceso a la información como un auténtico derecho fundamental se encuentra en su finalidad, que coincide con la finalidad y cómo operan las libertades informativas.

Así lo expresa Manuel Olmedo Palacios en sus conclusiones: *“El derecho de acceso es un derecho fundamental y no un derecho administrativo. El derecho de acceso a la información pública es un presupuesto capital de formación de la opinión pública, base fundamental del funcionamiento democrático de una comunidad política, al mismo nivel que la libertad de información y de la que forma parte según los textos internacionales en la materia y la jurisprudencia del TEDH. Su regulación como derecho meramente administrativo lo deja huérfano de la protección y garantías propias de los fundamentales, y prejuzga en su contra la ponderación de intereses que deberá realizarse administrativa y judicialmente para resolver los previsibles conflictos con otros derechos y bienes jurídicos.”*

Por desgracia, en esta materia el legislador nacional fue, una vez más, pusilánime, y optó por desconocer la orientación que las instituciones internacionales atribuyen a la transparencia, olvidando la reciente jurisprudencia internacional sobre esta materia.



Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 6

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, el Relator por la Libertad de Prensa de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa y la Unión Europea mantienen el carácter fundamental del derecho de acceso a la información como derecho vinculado a las libertades informativas, mientras que en nuestra ley solo es un derecho administrativo.

En todo caso, la evolución de la sociedad exige respuestas jurídicas a los nuevos retos, en particular, del derivado de la ponderación del derecho a la protección de datos y del derecho a acceder a la información pública, máxime si como todos/as reconocemos, la transparencia, la información, quizás sea el arma más importante contra la corrupción. El acceso a la información desempeña un papel fundamental en los esfuerzos por frenar la corrupción y controlar su impacto, ya que un acceso a la información libre y garantizado permite que los ciudadanos y ciudadanas, los medios de comunicación y los organismos de aplicación de la ley utilicen documentos oficiales con el fin de sacar a la luz casos de corrupción y mala administración.

Y, en última instancia, porque las personas somos más prudentes si nos sabemos sometidas a control, con lo que reducimos las posibilidades de incurrir en prácticas de corrupción.

Si olvidar que el derecho de acceso a la información pública no sólo es un instrumento de control, de lucha contra la corrupción, sino también una condición de eficacia de las administraciones y entidades públicas. Es también el presupuesto para el ejercicio de una nueva democracia, en la que los ciudadanos y ciudadanas, si quieren, pueden participar eficazmente y ser los auténticos protagonistas de las decisiones políticas, lo que exige una actitud activa de las Administraciones Públicas en “reapoderar” a las personas, las verdaderas titulares de la soberanía popular, frente a los poderes públicos.

De otra parte, ¿qué ocurrirá cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condene a España por no reconocer el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental integrado dentro de la libertad de información?

No estoy planteando nada extraordinario. Valga como ejemplo, cómo recientemente nuestro Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia se han visto obligados a aplicar sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que han tenido una importantísima repercusión en la protección de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, mediante las cuales se han anulado las cláusulas suelo en los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores y garantizados por hipoteca; o la declaración de que las personas trabajadoras temporales y las personas trabajadoras indefinidas o fijas tienen que tener las mismas condiciones de trabajo y que dentro de las condiciones de trabajo se tiene que entender comprendida la indemnización por fin de contrato...

Habrá que dar a los tribunales europeos la oportunidad de que eso ocurra, por ejemplo, cuando tras agotar las pertinentes vías jurisdiccionales internas el Ayuntamiento de Ermua recurra, de verse en esa tesitura, la resolución que finalmente adopte la AVPD en el procedimiento sancionador incoado, por cuanto la propuesta de resolución dictada no ha atendido ninguna de las fundadas alegaciones formuladas por el Ayuntamiento de Ermua hasta este momento, incluso resulta razonable esperar que dicha propuesta ya está preconfigurando la respuesta final, entiéndose, la resolución que dicte la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Que esta opción implica costes y sinsabores, seguro, pero en algún momento de un futuro próximo habrá que reconfigurar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental ligado a las libertades públicas informativas que fundamenta la transparencia de los poderes del Estado, las Administraciones Públicas, entidades con funciones públicas o financiación pública.

Este reconocimiento puede venir por una modificación de la Ley de Transparencia para adaptarla a la nueva jurisprudencia europea, o bien porque la jurisprudencia constitucional reconozca que el derecho de acceso a la información pública tiene su anclaje constitucional en el artículo 20 de la Constitución española, ya que se trata de una derivación de la facultad de buscar o investigar del derecho a una comunicación pública libre.

Esto no obstante, mientras el futuro se acerca, no es menos cierto que el Ayuntamiento de Ermua es una Administración Pública y, en consecuencia, conforme establece el principio constitucional de legalidad debe actuar en todo momento con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y aplicar las normas y procedimientos establecidos en la normativa, en particular, velando por que los actos administrativos que puedan afectar a los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía se basen en la ley y que no sean contrarios al ordenamiento jurídico.

Asimismo, en aplicación del principio de seguridad jurídica, el Ayuntamiento de Ermua debe otorgar certeza y confianza a la ciudadanía frente a cambios normativos o de criterio que no sean razonablemente previsibles, con respeto del principio de buena fe, sin perjuicio de que, cumplidos los trámites oportunos, se pueda operar la futura modificación de las normas o de esos criterios instituidos.

Y, en última instancia, el Ayuntamiento de Ermua debe adoptar en sus actuaciones una política de colaboración y cooperación abierta y diligente con cuantas administraciones públicas, entidades auditoras o autoridades competentes deba relacionarse en el ejercicio de sus competencias, y, en consecuencia, aplicar de inmediato y con carácter formal cualquier decisión judicial o extrajudicial de carácter firme que afecte al funcionamiento del Ayuntamiento, así como las acciones de mejora que de ella se deriven, haciendo públicas sus decisiones y el seguimiento de las mismas, a la mayor brevedad y en el menor plazo de tiempo posible.

Por este motivo, sin perjuicio de formular los argumentos de contrario a la propuesta de resolución de la Instructora del procedimiento de infracción incoado al Ayuntamiento de Ermua, objeto de este informe, se propone, de manera cautelar, iniciar las tareas técnicas necesarias para suprimir de la página web municipal la información objeto de dicho procedimiento sancionador, sin esperar a la resolución que se dicte, de modo que, de confirmarse esta en el mismo sentido avanzado en la propuesta de resolución, no sea necesario agotar el plazo de un mes que se conceda al efecto.

A este respecto, se propone que se publique en el apartado que contiene la información que deba retirarse la explicación del motivo o causa de este modo de proceder, incluso que se pueda acceder a la consulta de toda la información relevante de este expediente.

Al mismo tiempo, se propone que se informe al personal al servicio de la Corporación de la propuesta de resolución dictada y se ponga a su disposición la posibilidad de publicar el nombre y apellidos y el correo corporativo de quienes consientan en ello, por escrito, de manera inequívoca, entendiendo que se trata de una exigencia de transparencia y servicio público, como medio de



Alegaciones que interpone el Ayuntamiento de Ermua a la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de infracción PI 16-012 incoado por la Directora de la Agencia Vasca de Protección de Datos en relación con la publicación en la web municipal de los datos de identificación profesional de los empleados y empleadas públicas del Ayuntamiento de Ermua

HOJA 7

facilitar a la ciudadanía el derecho que le asiste a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos, de manera proactiva, no reactiva o a solicitud de la ciudadanía en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

A la vista de las anteriores alegaciones, se solicita de la Agencia Vasca de Protección de Datos que declare el sobreseimiento del procedimiento de infracción PI 16-012, abierto contra el Ayuntamiento de Ermua por una presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 22.3 c) de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Finalmente, aprovecho esta ocasión para formular a la AVPD la siguiente consulta. En su propuesta de resolución la Instructora hace referencia, a propósito de la justificación del interés público de la publicación del nombre, apellidos, puesto desempeñado, teléfono y correo electrónico corporativo individualizado de aquellas personas que ocupan puestos directivos o de responsabilidad o de quienes ostentan responsabilidades políticas, a que efectivamente dicha publicación tiene amparo expreso en el artículo 52.1 de la LILE, por cuanto, lógicamente, existe un mayor interés y, por tanto, hay una mayor exigencia de transparencia, cuanto más importante sea esa responsabilidad.

En el Estado y en las Comunidades Autónomas, quienes deben ser considerados altos cargos y asimilados está suficientemente regulado, circunstancia que no concurre en la administración local lo que implica una dificultad añadida al ser necesario interpretar quién tiene la consideración de alto cargo, a estos efectos.

Hasta ahora, hemos interpretado, con el objeto de establecer a quién se debe considerar alto cargo u órganos directivos en el Ayuntamiento de Ermua, al Secretario, la Interventora y los Directores o Directoras de las Áreas funcionales en que se estructura el Ayuntamiento de Ermua, de manera analógica a como se hace en la legislación aplicable a los municipios de gran población, considerándose como tales los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes; los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes; los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas aunque no lleguen a los 175.000 habitantes; y los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, lo dispuesto en el artículo 121 de la LRBRL en virtud de la modificación introducida en la mencionada norma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

En concreto, el Título X de la Ley 57/2003, relativo al *“Régimen de organización de los municipios de gran población”*, en el artículo 130, se establece que *“Son órganos superiores y directivos municipales los siguientes:*

A) Órganos superiores:

a) El Alcalde.

b) Los miembros de la Junta de Gobierno Local.

B) Órganos directivos:

a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía.

b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías.

c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma.

d) El titular de la asesoría jurídica.

e) El Secretario general del Pleno.

f) El Interventor general municipal.

g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.”

Actualmente se publica expresamente en la web municipal el nombre, apellidos, cargo o puesto desempeñado, teléfono y correo corporativo de contacto, del Secretario, la Interventora y los Directores o Directoras de las Áreas funcionales en que se estructura el Ayuntamiento de Ermua, por una razón de analogía

Dado que la expresión que utiliza la Instructora en su propuesta de resolución, “*personas que ocupan puestos directivos o de responsabilidad*”, es un concepto jurídico indeterminado y que la actual legislación no define de manera directa, para un ayuntamiento como el de Ermua, quién debe tener esta consideración, y con el ánimo de no incurrir en una nueva situación de conflicto a este efecto, ¿quiénes pueden ser consideradas personas que ocupan puestos directivos o de responsabilidad en el Ayuntamiento de Ermua, con el fin de que se puedan publicar sus datos relativos al nombre, apellidos, cargo o puesto desempeñado, teléfono y correo corporativo de contacto?

Además de los puestos antes descritos, ¿ninguno de los anteriores?, ¿también los puestos de la Asesoría Jurídica y de la Tesorería municipal (titular del órgano de gestión tributaria)?

¿Cómo debemos interpretar que un puesto ostenta responsabilidad? ¿la descripción del puesto como encargado de ..., o responsable de ..., determina la concurrencia de este elemento y, por tanto, su consideración de alto cargo u órgano directivo?

En Ermua, a 10 de noviembre de 2016
EL SECRETARIO,

Fdo.: José Antonio Fernández Celada

AGENCIA VASCA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Procedimiento de infracción PI 16-012